

Strafrechtliche Bedeutung der Verletzung der
ärztlichen Aufklärungslast unter besonderer
Berücksichtigung der kosmetischen Chirurgie

vorgelegt von

Martin Schuck

München

1980

Strafrechtliche Bedeutung der Verletzung der
ärztlichen Aufklärungslast unter besonderer
Berücksichtigung der kosmetischen Chirurgie

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Martin Schuck
München
1980



Referent: Professor Dr. Schüler-Springorum

Korreferent: Professor Dr. Philipps

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Februar 1980

Herrn Prof. Dr. jur. Horst Schüler-Springorum danke ich sehr herzlich für die freundliche Überlassung des Themas und seine stetigen Mühe. Herrn Prof. Dr. med. Erich Liebhardt sei gedankt für die Beratung bei der Themenwahl und seine wertvollen Hinweise. Dank gebührt auch der Konrad-Adenauer-Stiftung für die finanzielle Förderung dieser Arbeit.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Inhaltsverzeichnis	I
Schrifttum	IV
Einleitung	XIII
A) Rechtliche Einordnung der ärztlichen Aufklärungs- last	1
I) Rechtsgrundlagen des Verhältnisses Arzt - Patient	1
1) Vertragliche Rechtsgrundlage	1
a) Ärztliche Behandlung im Allgemeinen	1
b) Rechtscharakter des Arzt-Patienten- Verhältnisses bei Operation	2
c) Rechtscharakter des Arzt-Patienten- Verhältnisses bei kosmetischen Ope- rationen	3
2) Das Selbstbestimmungsrecht und das Recht des Patienten auf körperliche Unversehr- theit gem. Art. 2 II GG, als weitere Kompo- nente des Rechtsverhältnisses Arzt-Patient	5
3) Das Sittengesetz	12
II) Die Bedeutung der ärztlichen Aufklärungs- last	16
1) Geschichtlicher Ausblick	16
2) Definition der ärztlichen Aufklärungs- last	19
a) Aus welchen rechtlichen Gesichtspunkten wird eine Aufklärungs- last abgeleitet	19
aa) nach öffentlichem Recht	19
bb) nach Zivilrecht	20
cc) nach Strafrecht	24
b) Resümee	25
III) Maß, Umfang und Grenzen der ärztlichen Auf- klärungs- last	26
1) Der verständige Patient	26
2) Umfang der Aufklärung	31
a) Aufklärung über den Befund	31
b) Art des Eingriffs	32

	Seite
3) Aufklärung über Gefahr und Folgeschäden	33
a) allgemeine Gefahren	34
b) spezifische Gefahren	34
c) Die Intensität der Gefahr als Abgrenzungskriterium	36
4) Sonderfälle	44
a) Wahl zwischen mehreren Behandlungsarten	44
b) Wahl, ob Eingriff oder Unterlassen desselben zu einer Besserung führt	46
c) Weitergehender Eingriff während der Operation	47
5) Eine Aufklärung entfällt in folgenden Fällen	52
a) Der Patient verzichtet auf eine Aufklärung	52
b) Aufklärung bei Schädigung des Patienten	55
c) Hinweis auf irrelevante Möglichkeiten	57
IV) Maß, Umfang und Grenzen der Aufklärungslast gerade bei kosmetischen Operationen	59
1) Unterschiede von allgemeinen und kosmetischen Operationen	59
2) Mittelbare medizinische Indikation der kosmetischen Operation	62
3) Fehlen einer medizinischen Indikation der kosmetischen Operation	64
4) Maß und Umfang der kosmetischen Operation	67
a) Aufklärung über Erfolgchancen	67
b) Aufklärung über Gefahren	69
c) Erhöhtes Operationsrisiko stellt sich erst während der Operation heraus	71
d) Wahl bei mehreren Behandlungsarten	73
e) Aufklärungsverzicht	74

B) Strafrechtliche Folgen der Verletzung der Ärztlichen Aufklärungslast	76
I) Auswirkungen des ärztlich-kosmetischen Heileingriffs auf die Tatbestände des StGB	76
1) Der kosmetische Eingriff, der medizi- nisch indiziert und lege artis durchge- führt ist, hat Erfolg	76
a) Die teleologische Tatbestandslehre	77
b) Nullum crimen sine lege	80
c) Ansatzpunkt Gesamt- oder Einzelakt?	82
d) Dogmatische Einordnung des Problems	83
2) Der ärztliche-kosmetische Heileingriff, der medizinisch-indiziert und lege artis durchgeführt ist, der aber mißglückt	91
3) Kunstfehler des Arztes	99
4) Die nicht medizinisch-indizierte Opera- tion	101
II) Die Einwilligung des Patienten	103
1) als Rechtfertigungsgrund für § 223 StGB	103
2) als tatbestandsausschließend bei § 239, 240 StGB	105
III) Reformbestrebungen	107
IV) Ausblick	111

Literaturverzeichnis

=====

- Bauer, Karl-Heinrich Zur ärztlichen Aufklärungspflicht
aus den Erfahrungen eines Chirur-
gen
in: offene Fragen zwischen Ärzten
und Juristen; Studien und Berichte
der Kath. Akademie in Bayern
Heft 20 S. 47 ff; Würzburg 1963
zitiert: Bauer, S.
- Baumann, Jürgen Körperverletzung oder Freiheits-
delikt
in: NJW 1958, 2092 ff.
Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehr-
buch, 5. Auflage, Bielefeld 1968
- Beling, Ernst Die Lehre vom Verbrechen,
Tübingen 1906
- Bockelmann, Paul Zur Strafbarkeit der Kuppelei, Be-
merkungen zu dem Beschluß des
Großen Senats für Strafsachen vom
17. Febr. 1954
in: JR 1954, 361 ff.

Rechtliche Grundlagen und rechtli-
che Grenzen der ärztlichen Auf-
klärungspflicht
in: NJW 1961, 945

Die Aufklärungslast des Arztes,
Sonderdruck aus Langenbecks Arch.
Chir. 332 (Kongreßbericht 1972)
S. 803ff.
zitiert nach dem Sonderdruck

Das Strafrecht des Arztes,
Stuttgart 1968

Empfiehl es sich, daß der Gesetz-
geber die Fragen der ärztlichen
Aufklärungspflicht regelt?
in: Verh. des 44. DJT.

Sorgfaltspflichten bei plastischen
Operationen,
in: Zeitschrift für plastische
Chirurgie 1977, S. 49ff.

Aufklärungspflicht des Arztes aus
juristischer Sicht, Sonderdruck aus
Hessisches Ärzteblatt, Heft 3,
März 1977

- Blei, Hermann Besprechung von "Die eigenmächtige Heilbehandlung" von Kaufmann, Arthur
in JR 1962, 360.
- Strafrecht I, Allgemeiner Teil,
Kurzlehrbuch, 17. Auflage,
München 1977
- Strafrecht II, Besonderer Teil,
Kurzlehrbuch, 10. Auflage,
München 1976
- Bösche, Jürgen Zur Aufklärungspflicht des Arztes
vor operativen Eingriffen
in: Deutsches Ärzteblatt - Ärztliche
Mitteilungen 1964, S. 222.
- Brüggemann, Walter Widerrechtlichkeit des ärztlichen
Eingriffs und Aufklärungspflicht
des Arztes
in: NJW 1977, 1473 ff.
- Dallinger, Wilhelm Aus der Rechtssprechung des Bundes-
gerichtshofs in Strafsachen
in: MDR 1953, 721.
- Deutsch, Erwin Reform des Arztrechts - Ergänzende
Regeln für das ärztliche Vertrags-
(Standes-) und Haftungsrecht?
in NJW 1978, 1657ff.
- Typen des Arztverschuldens
in: VersR 1977, 101ff.
- Schutzbereich und Tatbestand des
unerlaubten Heileingriffs im Zivil-
recht NJW 1965, 1985ff.
- Deneke, Volrad Schweigepflicht und Aufklärungs-
pflicht des Arztes,
in: Dt. Ärzteblatt-Ärztliche Mit-
teilungen 1964, S. 2091
- Engisch, Karl Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken
und Einwilligung
in ZStW 58, S. 1ff. (1939).
- Die rechtliche Bedeutung des ärzt-
lichen Eingriffs unter besonderer
Berücksichtigung des Suicidpatienten
in: Heidelberger Jahrbücher 1960
S. 47ff.

- Engisch, Karl Heileingriff und ärztliche Aufklärungspflicht
in: Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, Carl-Heymanns-Verlag, Köln-München 1970.
- Esser-Weyers Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 1, 5. Auflage, Heidelberg - Karlsruhe 1977
- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht, 4. Auflage Berlin 1973.
- Friedrich, Martin Die Aufklärungspflicht des Arztes, in: VersR 1954, 329 ff und 1954, 380ff.
- Gallwas, Hans-Ullrich Zur Legitimation ärztlichen Handelns in: NJW 1976, 1134f.
- Gehring, Walter Die ärztliche Aufklärungspflicht im französischen Recht, Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht Bd. 28 Bielefeld 1964.
- Geilen, Gerd: Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, Bielefeld 1963.
- Grünwald, Gerald Die Aufklärungspflicht des Arztes in: ZStW 73 (1961), 5ff.

Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht
in: Arzt und Recht, medizinisch-juristische Grenzprobleme unserer Zeit (hrsg. v. H. Göppinger), S. 125ff, München 1966
zitiert: Arzt und Recht, S. ...
- Hallermann, Wilhelm Die ärztliche Aufklärungspflicht aus medizinischer Sicht
in: Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, S. 45ff., Köln-München 1970
- Hinderling, Hans Die ärztliche Aufklärungspflicht, Baseler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 66, S. 49ff.
- Jakobs, Horst-Heinrich Die zahnärztliche Heilbehandlung als Werkleistung, NJW 1975, 1437.

- Jescheck** Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin 1972.
- Jessnitzer, Kurt** Medizin und Tiefenpsychologie in der gerichtlichen Praxis, in: NJW 1970, 1226.
- Junghanns, Herbert** Die Aufklärungspflicht des Arztes in: Die Aufklärungspflicht des Arztes, herausgegeben von der Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe, Köln - Berlin 1962, S. 59ff.
- Kaufmann, Arthur** Die eigenmächtige Heilbehandlung in: ZStW Bd. 73 (1961) S. 341ff.
- Kleinewefers, Herbert** Die Aufklärungspflicht des Arztes unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in: Offene Fragen zwischen Ärzten und Juristen, Studien und Berichte der Katholischen Akademie in Bayern, Heft 20, S. 13ff., Würzburg 1962.
- Umfang und Grenzen der Aufklärung des Patienten über ärztliche Maßnahmen und ihre Folgen, in: Die Aufklärungspflicht des Arztes, herausgegeben von der Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe, Köln - Berlin 1962, S. 33ff.
zitiert: Aufklärungspflicht S.
- Zum Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient - Bemerkungen zu neuen BGH-Entscheidungen, in: VersR 1963, 297.
- Die Aufklärungspflicht des Arztes und die Rechtsfolgen ihrer Verletzung, ^{OLG} in: VersR 1964, 349ff.
- Koffka** Empfiehlt es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt? in: Verh. 44. DJT
- Kohlhaas, Max** Probleme der Arzthaftung in: VersR 1955, 721

- Kohlhaas, Max Aktuelle strafrechtliche Fragen des Arztes unter besonderer Berücksichtigung des ärztlichen Kunstfehlers und der ärztlichen Hilfeleistungspflicht.
in: Die Therapiewoche 1963, 1131ff.
- Kohlrausch-Lange Kommentar zum StGB, 43. Auflage
Berlin 1961
- Küchenhoff, Günter Aufklärungspflicht und Haftpflicht des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der Neurochirurgie,
in: Der Nervenarzt 1965, S. 148ff.
- Lackner, Karl Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 9. Auflage des von Dreher-Maassen begründeten Werks, München 1975

Empfiehl es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt?
in: Verh. des 44. DJT
- Laufs, Adolf Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Eigenmacht
in: NJW 1969, 529

Schutz der Persönlichkeitssphäre und ärztliche Heilbehandlung,
in: VersR 1972, 1ff.

Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktische Rechtsfolge,
in: NJW 1974, 2025ff.

Arztrecht im Wandel - Die Entwicklung des Arztrechts 1976/77
in: NJW 1977, 1081ff.

Die Entwicklung des Arztrechts im Jahre 1977/78,
in: NJW 1978, 1177ff.

Arztrecht, 2. Auflage, München 1978.
- Leipziger-Kommentar zum Strafgesetzbuch, herausgegeben von Paulheinz Baldus und Günther Willms, unter Mitarbeit von Baldus, Busch, Heimann-Trosien, Hengsberger, Herdegen, Hirsch, Hübner, Koffka, Lackner, Lange R., Lang-Hinrichsen, Lay, Mösl, Rüdth, Ruß, Schäfer, Schroeder, Schwalm, Tröndle, Willms, 9. Auflage, Berlin 1974 (Zitierweise z.B.: Tröndle LK §§... Rdn. ...

- Louven, Klaus** Der Arzt im Strafrecht,
in: NJW 1963, 386ff.
- Gedanken zur ärztlichen Aufklärungs-
pflicht,
in: DRiZ 1965, 329ff.
- Maunz-Dürig-Herzog-
Scholz** Kommentar zum Grundgesetz
16. Lieferung, München Juni 1978
- Maurach, Reinhart** Deutsches Strafrecht, Besonderer
Teil, 5. Auflage
Karlsruhe 1969
- Mezger, Edmund** Wandlungen der strafrechtlichen
Tatbestandslehre,
in: NJW 1953, 2ff.
- Müller, G.** Behandlungsrecht des Arztes und
ärztliche Aufklärungspflicht in
der Sicht des Arztes und des Juristen,
in: NJW 1956, 1097ff.
- Neidhardt, Karl** Behandlungsrecht des Arztes und ärzt-
liche Aufklärungspflicht in der
Sicht des Arztes und des Juristen,
in: NJW 1956, 1097ff.
- Ohm, Karl** Die Aufklärungspflicht des Arztes
in: VersR 1959, 3ff.
- Palandt, Otto** Bürgerliches Gesetzbuch, 36. Aufla-
ge, München 1977, bearbeitet von
Bassenge, Danckelmann, Diederich-
sen, Heinrichs, Heldrich, Keidel,
Putzo, Thomas (zitiert: Palandt-...)
- Petersen, P.** Die Haftung des Arztes in der
Rechtssprechung des Bundesgerichts-
hofs,
in: DRiZ 1962, S. 194f, 233f., 264f.
- Schadensersatzpflicht des Arztes
insbesondere bei Diagnose-, Infek-
tions-, Impf-, Röntgen- und Thera-
piefehlern,
in: Die Therapiewoche 1963, 1134ff.
- Roemer, Hans** Zur Aufklärungspflicht des Arztes
gegenüber Krebskranken,
in: JZ 1960, 137ff.

- Roemer, Hans Die ärztliche Aufklärungspflicht vom Standpunkt und aus Erfahrung des Arztes, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe 50/51 (zitiert: Aufklärungspflicht S.)
- Roxin, Claus Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, in: ZStW 74, 411ff.
- Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in: ZStW 74, 515ff.
- Schmid, E. Die Indikationen und Möglichkeiten kosmetisch-operativer Eingriffe im Gesicht, 1. Teil, in: Die Therapiewoche 1960/61, S. 63ff.
- Schmidt, Eberhard Der Arzt im Strafrecht, in: Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin 2. Auflage, Stuttgart 1957
- Empfiehl es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt? Gutachten für den 44. DJT 1962 in Verh.d. 44 DJT 1962, Bd. I, 4. Teil.
- Schmitt, Rudolf "§ 226a StGB ist überflüssig" in Gedächtnisschrift für Horst Schröder, herausgegeben von Walter Stree, Theodor Lenckner, Peter Cramer, Albin Eser, Sonderdruck
- Schönke-Schroeder Strafgesetzbuch, Kommentar, 17. Auflage, München 1974
- Strafgesetzbuch, Kommentar, 18. Auflage, bearbeitet von Lenckner-Cramer-Eser-Stree, München 1976, zitiert: ...-Schönke-Schroeder.
- Schrudde, J.: Die Indikationen und Möglichkeiten kosmetisch-operativer Eingriffe im Gesicht, 2. Teil, in: Die Therapiewoche 1960/61, S. 71ff.
- Schwalm, Georg Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht aus der Sicht der Juristen, in: Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 50/51, S. 21ff. (Zitiert: Schwalm, Aufklärungspflicht).

- Schwalm, Georg Die strafrechtliche Bedeutung der ärztlichen Aufklärungspflicht, MDR 1960, 722ff.
- Empfiehlt es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt?
in: Verh. des 44. DJT, Band 2.
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967, bearbeitet von Abraham, Augustin, Ballerstedt, Baur, Gaul, Hartmann, Hefermehl, Kegel, Knopp, Lade, Heinrich Lange, Hermann Lange, Lippisch, Mezger, Mormann, Mühl, Müller/Schippel, Schmidt, Schulze v. Lasaulx, Vogel, Volze, Wiethölter, Wlotzke, Zenner (zieiert: Soergel-Siebert).
- Spann, Wolfgang Ärztliche Rechts- und Standeskunde, München 1962.
- Stammberger, Wolfgang Fragen der Heilbehandlung in straf- und zivilrechtlicher Sicht, in: Die Aufklärungspflicht des Arztes, Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe, Köln-Berlin 1962
- Steffen, Erich 1. Thesen zum 52. DJT, Verh. des 52. DJT
- Steindorff, Ernst Zur Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber Krebskranken, in: JZ 1960, 139
- Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 6.11.1962, VI ZR 29/62, in: JZ 1963, 370ff.
- Stutte, Hermann Thersites-Komplex bei Jugendlichen, in: Dt. Ärzteblatt 1971, S. 71
- Trockel, Horst Die Einwilligung Minderjähriger in den ärztlichen Heileingriff, in: NJW 1972, 1493ff.
- Uhlenbruck, Wilhelm Der Begriff der Heilbehandlung in: Dt. med. Wochenschrift 1968, S. 271ff.
- Weinkauff, Hermann Der Naturrechtsgedanke in der Rechtssprechung des Bundesgerichtshof, in: NJW 1960, 1689ff.

- Weissauer, Walther 2. Thesen zum 52. DJT, Verh. des
52. DJT
- Weyers, Hans-Leo Empfiehlt es sich, im Interesse
der Patienten und Ärzte ergänzende
Regelungen für das ärztliche Ver-
trags- (Standes-) und Haftungs-
recht einzuführen?
in: Verh. des 52. DJT Gutachten,
Bd. 1 A
- Welzel, Hans Das Deutsche Strafrecht,
11. Auflage, Berlin 1969
- Wessels, Johannes Strafrecht, Allgemeiner Teil,
Karlsruhe 1970
- Wieacker, Franz Rechtssprechung und Sittengesetz
in: JZ 1961, 337ff.
- Wiethölter, Rudolf Arzt und Patient als Rechtsgenos-
sen - Ein zivilrechtlicher Beitrag
zur ärztlichen Aufklärungspflicht,
in: Die Aufklärungspflicht des Arz-
tes, herausgegeben von der Stiftung
zur Förderung der wissenschaftli-
chen Forschung über Wesen und Be-
deutung der freien Berufe, S.71ff.
(zitiert: Wiethölter, Arzt und
Patient, S.)
- Wilts, Walter Die ärztliche Heilbehandlung
in der Strafrechtsreform,
in: MDR 1970, 971ff.
- Zander, Josef Arzt und Patient - Erwartung
und Wirklichkeit,
in: Süddeutsche Zeitung Nr. 43
vom 21./22.2.1976, S. 87.
- Zöckler, C.E., Hrsg. Wahrheit am Krankenbett,
Bad Oeynhausen 1978

E i n l e i t u n g

Die Zahl der jährlich in der Bundesrepublik Deutschland geltend gemachten Haftpflichtansprüche aus Fehlern bei der Heilbehandlung kann auf eine Größenordnung von mindestens 5000 - 6000 geschätzt werden.¹

Hingegen sind Strafprozesse gegen Ärzte ungleich seltener. Gleichwohl kommt einem Strafprozeß wegen der damit verbundenen Folgen größere Beachtung entgegen. Ziel dieser Arbeit soll sein, gerade die strafrechtliche Auswirkung des ärztlich-kosmetischen Eingriffs zu untersuchen. Dieser Bereich der ärztlichen Behandlung steht heute noch am Anfang einer großen Entwicklung. Ursache hierfür sind auf der einen Seite die Fortschritte der medizinischen Wissenschaft vor allem auf dem Gebiete der plastischen Chirurgie. Auf der anderen Seite wächst die Tendenz, ein naturgegebenes unvorteilhaftes Äußeres nicht mehr als unabänderliches Schicksal zu betrachten.

Der ärztliche Eingriff bleibt jedoch trotz der Fortschritte der Medizin mit erheblichen Risiken belastet; schon kleine Behandlungs- und Organisationsfehler können zu schweren Schädigungen des Patienten führen - auch die sorgfältigste Behandlung kann wegen der dem kosmetischen Eingriff immanenten Gefahren misslingen.²

Hier spielt die Aufklärung des Patienten eine große Rolle. Denn nur hierdurch kann ein Patient in die Lage versetzt werden zu erkennen, welches Risiko er durch die Operation eingeht. Auf der anderen Seite hat der Arzt in erster Linie für das Wohl des Patienten zu

1) Weyers Verh. des 52. DJT, Bd I, A 124.

2) Weissauer, 2 Thesen zum 52. DJT, Verh. des 52. DJT.

sorgen; gerade eine zu weit gehende Aufklärung kann jedoch, wie zu zeigen sein wird, den Patienten psychisch belasten und damit den angestrebten Erfolg gefährden. Damit ist letztlich die Spannung zwischen Medizin und Recht angesprochen, die einerseits aus der Notwendigkeit entsteht, einen Berufsstand mit ausgeprägtem Autonomiebewußtsein und starkem Einfluß auf das Verhältnis zur Krankheit in die Rechtsgemeinschaft einzubinden, andererseits aus den Schranken, die System- und Sachzwänge ärztlicher Versorgung und der personale Bezug des Behandlungsverhältnisses dem Recht setzen.¹ Wie stark das Recht Arzt und Patient schützen kann, hängt von der Bereitschaft zur Verständigung darüber ab, wozu das Recht die Medizin zu legitimieren hat.¹

1) Steffen, 1. Thesen zum Referat von Weyers zum 52. DJT

A) RECHTLICHE EINORDNUNG DER ÄRZTLICHEN AUFKLÄRUNGSLAST =====

1) Rechtsgrundlagen des Verhältnisses Arzt - Patient

1) Vertragliche Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage der ärztlichen Behandlung ist in der Regel ein zwischen dem Arzt und dem Patienten geschlossener Vertrag.¹

Dieser Vertrag kommt in der Regel durch schlüssiges Handeln der beiden Beteiligten zustande; seitens des Patienten, daß er den Arzt aufsucht und ihn um Behandlung bittet, seitens des Arztes, daß er den Patienten annimmt und mit der Diagnose beginnt.²

Der Rechtscharakter dieses Vertrages wird in der Rechtssprechung und Literatur nicht immer einheitlich bestimmt.

a) Ärztliche Behandlung im Allgemeinen

Jedoch besteht weitgehend Übereinstimmung, daß der ärztliche Behandlungsvertrag im Normalfall ein Dienstvertrag ist³; nur ausnahmsweise wird

-
- 1) Daneben kommt der hier nicht interessierende Fall eines gesetzlichen Schuldverhältnis gem. § 677 BGB - die Geschäftsführung ohne Auftrag - in Betracht, wenn der Patient bewußtlos ist und damit gegenüber dem Arzt keinen eigenen Willen äußern kann (Palandt-Thomas Anm. 2a zu § 677); außerdem: Zwangsbehandlung nach dem BSeuchG u.a.
 - 2) Brügmann NJW 1977, 1474.
 - 3) BGHZ 2, 94 (96); Palandt-Putzo Anm. 2a bb vor § 611 BGB; Esser-Weyers Bd II Teilband 1, S. 231; Larenz Schuldrecht Band II BT, S. 235; Soergel-Siebert Vor § 611 Anm. 94.

im Falle von Operationen, insbesondere von plastischen, ein Werkvertrag gem. § 631 BGB erwo-gen.¹ Der Klassifizierung des ärztlichen Behandlungsvertrages als Dienstvertrag gem. § 611 BGB ist zuzustimmen. Denn der Arzt verspricht nur die sachgemäße Behandlung des Kranken, also gewissenhafte ärztliche Tätigkeit, nicht aber deren erwünschten Erfolg, die Heilung, was Voraussetzung für die Annahme eines Werkvertrages wäre².

Den Erfolg kann ein Arzt vernünftigerweise nicht versprechen, weil er auch von Faktoren abhängt, die ein Arzt nicht vollständig zu beherrschen vermag³.

b) Rechtscharakter des Arzt-Patienten Verhältnisses bei Operationen:

Dagegen wird die Annahme eines Werkvertrages bei einer Operation vereinzelt von der Rechtssprechung⁴ und in der Literatur⁵ erwogen.

Dies soll vor allem dann der Fall sein, wenn die Operation nicht Teil einer umfassenden ärztlichen Behandlung ist, sondern eine bestimmte Operation Vertragsgegenstand ist⁶. Dabei soll dann nur die Operation selbst, also ihre sachgerechte Durchführung, nicht aber die davon erhoffte Heilung oder die Besserung eines Leidens als zu-

1) Soergel-Siebert Vor § 611 BGB Anm. 48; Fikentscher, S. 459.

2) Larenz, a.a.O., S. 235.

3) BGH NJW 1975, 305.

4) von OLG Stuttgart NJW 1973, 560 offen gelassen, ob ärztliche Operation ein Dienst- oder Werkvertrag ist.

5) Palandt-Putzo Vor § 611 BGB Anm. 2a bb; Jakobs NJW 1975, 1437 (1438); Friedrich VersR 1954, 329

6) Jakobs a.a.O.

gesagter Erfolg anzusehen sein¹.

Im Falle einer Blinddarmentzündung verspreche der Chirurg die Entfernung des Wurmfortsatzes. Er verspreche hierbei nicht die Heilung von einer Krankheit, aber doch die Herbeiführung eines Erfolges, von dessen Eintritt es nicht allein, aber doch hauptsächlich abhängt, daß der Patient von der auftretenden Krankheit geneset².

Das ist jedoch sehr zweifelhaft. Denn der Chirurg schuldet ja nicht nur die Entfernung des Blinddarms, sondern auch die Versorgung der Wunde, also Heilbehandlung; auch hier hängt der Erfolg von mannigfachen Umständen ab, die der Arzt nicht immer zu beherrschen vermag³. Auch in einem solchen Falle erbringt der Arzt Dienste höherer Art, so daß ein Dienstvertrag anzunehmen ist.

c) Rechtscharakter des Arzt-Patienten Verhältnisses bei kosmetischen Operationen:

Wenn auch die Meinung, daß auch die operative Tätigkeit eines Arztes ein Dienstvertrag gem. § 611 BGB ist, vorherrschend ist, so wird gerade für den Fall einer Schönheitsoperation die Annahme eines Werkvertrages gem. § 631 BGB verstärkt befürwortet⁴, während das OLG Naumburg⁵ bereits 1932 im Falle einer kosmetischen ärztlichen Behandlung (Entfernung der Brusthaare durch Röntgenbestrahlung) einen Dienstvertrag annahm.

1) Soergel-Siebert Vor § 611 BGB Anm. 48.

2) Jakobs a.a.O.

3) Larenz S. 235.

4) Fikentscher, S. 459; Esser-Weyers, S. 231 f.

5) JW 1932, 3369 (3370).

Sicherlich ist die Entfernung eines Gebärmutterkarzinoms nicht dasselbe wie eine Reduktion der Mammæ. Im ersteren Fall kann eine vollständige Entfernung, geschweige denn eine Heilung, nicht gerantiert werden. Aber auch in den Fällen, in denen in erster Linie eine Verschönerung des Aussehens erstrebt wird, können gewisse Risiken nicht auszuschließen sein¹. Auch hier schuldet der Chirurg nicht nur die Verschönerung des Aussehens, sondern Heilbehandlung, nämlich die Versorgung der Wunden². Es ist durchaus möglich, daß in einem solchen Falle die Narbenbildung nicht ausgeschlossen werden kann und daß der Versuch, die Narben nachträglich zum Verschwinden zu bringen, auch scheitern kann³.

Auch divergieren die Anschauungen über die Ästhetik bei den einzelnen Patienten; was dem einen als Verschönerung der äußeren Erscheinung erscheint, ist für den anderen ein unnatürliches uniformes Aussehen, dem jegliche Ausstrahlung versagt ist.

Dies rechtfertigt es, auch bei einer plastischen Operation einen Dienstvertrag anzunehmen. Zudem kann auch hier der Arzt den konkreten Erfolg, die Verschönerung des Aussehens, nicht verbürgen; vielmehr kann die Operation auch hier mißlingen. Denn auch hier hängt der Erfolg von Faktoren ab, die ein Arzt nicht vollständig zu beherrschen vermag.

1) Bockelmann, Zeitschrift für plastische Chirurgie 1977, Bd. 1, Heft 1, S. 49 (52), und hier S. 3.

2) s. S. 3 oben

3) Bockelmann, a.a.O.

2) Das Selbstbestimmungsrecht und das Recht des Patienten auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II GG, als weitere Komponente des Rechtsverhältnisses Arzt - Patient

Es stellt sich die Frage, ob der von Hippokrates¹ wohlgemeinte Rat - "All dies soll man mit Ruhe und Geschick so durchführen, daß der Kranke während der Hilfeleistung das meiste davon nicht bemerkt. ... Von dem was eintreten wird und dem Kranken droht lasse man ihn nichts merken." - heute noch Geltung beanspruchen kann².

Die Vorstellung einer mehr oder weniger risikofreien Medizin ist eines der großen Mißverständnisse unserer Gegenwart³. Zum Schutz des Patienten, der unter diesem Risiko steht, bedarf das ärztliche Handeln deshalb ausreichender Legitimation⁴. Für die Legitimation ärztlichen Handelns kann man auf die staatliche Regelungs- und Entscheidungskompetenz, auf die fachliche Kompetenz des Arztes oder auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten abstellen⁵.

- a) Jede Verlagerung der Legitimation ärztlichen Handelns, gleichviel ob zum Arzt oder zum Staat hin, berührt den grundrechtlich geschützten Bereich des Patienten.⁶ Ein Gesetz, das beispielsweise einem Zeugen Jehovas die Duldung einer ärztlichen Behandlung vorschriebe, würde ihn in

1) Hippokrates, Werke, 1. Teil, 3. Buch, Kap. 16 I S. 37f.

2) BGHZ 29, 46 (50).

3) Zander, SZ Nr. 43 vom 21./22.2.1976, S. 87.

4) Gallwas NJW 1976, 1134.

5) Ebd.

6) Gallwas, a.a.O.; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz Art. 2 II Rdnr. 36.

seinem Grundrecht der Glaubensfreiheit gem. Art. 4 GG berühren¹. In einem Staat jedoch, in dem die Würde des Menschen oberster Wert ist und in dem der freien Selbstbestimmung des Einzelnen zugleich ein gemeinschaftsbildender Wert zuerkannt wird, gewährt die Glaubensfreiheit dem Einzelnen einen von staatlichen Eingriffen freien Rechtsraum, in dem er sich die Lebensform zu geben vermag, die seiner Überzeugung entspricht.² Auch Art. 2 II GG, der jedem das Recht auf körperliche Unversehrtheit gewährleistet, steht einem Behandlungszwangsrecht entgegen³.

- b) Der gelegentlich in der Doktrin⁴ gemachte Versuch, ein sogenanntes Berufsrecht des Arztes an sich, zur selbständigen Grundlage irgendwelcher dem Arzt über den Körper von Kranken zustehenden originären Befugnisse zu erheben, ist schon vom Reichsgericht abgelehnt worden⁵. Damals gab es jedoch noch keinen einheitlichen ärztlichen Heilkundeberuf, während heute die ärztliche Bestallung Voraussetzung jeden ärztlichen Handelns ist und es eine einheitliche ärztliche Berufsordnung gibt⁶.

1) Abgesehen von dem hier nicht interessierenden Fall einer Zwangsbehandlung aufgrund des ImpfG, BSeuchG etc.

2) BVerfG NJW 1972, 327 (329).

3) BGH NJW 1959, 811 (812)

4) Vgl. Roemer, JZ 1960, 137, der es sogar als sittenwidrig bezeichnet, wenn ein Arzt, der nach bestem Wissen und Können und nach den Regeln seines Berufsstandes gehandelt hat, eine finanzielle Entschädigung leisten muß. "Die formal-juristische Rechtsprechung stünde in krassem Gegensatz zu der Berufspflicht und der Berufsauffassung des Ärztestandes"; Neidhardt NJW 1956, 1097 (1098).

5) RG St 25, 375ff.

6) Vgl. Spann, Ärztliche Rechts- und Standeskunde, 1962, S. 1ff.

Die ärztliche Bestallung berechtigt jedoch allgemein nur zur Ausübung der Heilkunde unter der Bezeichnung Arzt im Bundesgebiet.¹ Hingegen folgt die Erlaubnis für die Tätigkeit im Einzelfall nicht schon aus der Bestallung.²

Vor allem ist aber zu beachten, daß das Standesrecht Regeln für das Verhalten der Ärzte untereinander aufstellt. Damit können die Normen der Standesethik keinen abschließenden Maßstab für die Beurteilung von Streitigkeiten zwischen Standes- und Nichtstandesangehörigen abgeben.³ Dies muß auch aus der allgemeinen, wenn auch hier in besonderer Ausprägung geltenden Regel entnommen werden, daß die ethischen Maßstäbe einer Gruppe nicht ohne weiteres einer anderen Gruppe auferlegt werden können.³

Diese Meinung ist im übrigen in der Rechtssprechung⁴ und in der Literatur⁵ allgemein anerkannt.

- c) Neben der Berufsethik wird für die Legitimation ärztlichen Handelns gegenüber dem Patienten vielfach auch ärztliche Kenntnis und Erfahrung vorgebracht, die dem medizinischen Laien eben abgehe.⁶

Der Arzt neigt dazu, zwischen der medizinischen Indikation und dem Entschluß eines verständigen Patienten regelmäßig keinen wesentlichen Unterschied zu sehen.⁷ Die Pflicht des Arztes, den gebotenen Eingriff vorzunehmen, sei entstanden

1) Spann, a.a.O., S. 40ff.

2) Trockel, NJW 1972, 1494.

3) Steindorff, JZ 63, 370, 371.

4) BGHZ 29, 46 (57); BGH NJW 1973, 556 (558).

5) Palandt-Thomas § 823 Anm. 7 Bf; Gallwas NJW 1976, 1134; Kaufmann ZStW 73, 341 (345).

6) Brügmann NJW 1977, 1474; Neidhardt NJW 1956, 1097 (1098).

7) Laufs NJW 1974, 2026.

durch den Abschluß des Arztvertrages und die danach erfolgte Diagnose mit der Feststellung des Befundes¹. Hierbei wird jedoch verkannt, daß der Patient nicht nur eine Entschließungsfreiheit hat, überhaupt zum Arzt zu gehen; sie bleibt bestehen, wenn er sich in ärztliche Behandlung gegeben hat.² Es läßt sich auch wohl nicht vertreten, daß die Entscheidung über einen ärztlichen Eingriff - die vielfach auch die Stellungnahme zu der Frage sein kann, wie weit die Erreichung eines möglichst langen Lebens als Höchstwert anzusehen ist - allein der Arzt zu treffen habe.³

Es ist sogar bedenklich, selbst in wohlmeinender Absicht die Autorität des eigenen Wissens und Könnens einzusetzen, um dem anderen die Entscheidung abzunehmen und ihn damit unbeabsichtigt in die Rolle eines bloßen Objekts zu drängen.⁴

Die Rechtssprechung ist daher im Recht, wenn sie die Bestrebungen mancher Ärzte, die die alleinige Entscheidungskompetenz für sich in Anspruch nehmen, entschieden entgegengetreten ist⁵, selbst wenn diese Entscheidung des Arztes für den Patienten von Vorteil wäre. Denn der Arzt hat keine Vernunftthoheit über den Kranken.⁶

- d) Auszugehen ist deshalb von dem Grundsatz, daß jedem die Entscheidungsbefugnis über die "Versehrtheit" zusteht, also auch einem Kranken.⁷

1) Brüggmann, a.a.O.,

2) Bockelmann, NJW 1961, 945 (946).

3) OLG Stuttgart NJW 1958, 262 (263).

4) OLG Stuttgart NJW 1973, 560 (561).

5) BGHZ 29, 46 (57); Kaufmann ZStW Bd. 73, 341 (345)

6) Beling ZStW 44, 239.

7) BGH NJW 1959, 814; Kleinewefers VersR 1964, 349; Laufs NJW 1969, 529 (530).

Denn weder die staatliche Regelungs- und Entscheidungsbefugnis, noch die fachliche Kompetenz des Arztes allein bietet eine ausreichende Legitimation des ärztlichen Handelns.

Art. 2 II GG hat heute von Verfassungs wegen das Recht der ärztlichen Heileingriffe schärfer umrissen.¹ Dieser Rechtsgrundsatz gilt auch für das Verhältnis zwischen Arzt und Patient². Das in Art. 2 II GG gewährleistete Recht auf körperliche Unversehrtheit fordert Berücksichtigung auch bei einem Menschen, der es ablehnt, seine körperliche Unversehrtheit selbst dann preiszugeben, wenn er dadurch von einem lebensgefährlichen Leiden befreit wird³. Niemand darf sich zum Richter in der Frage aufwerfen, unter welchen Umständen ein anderer vernünftigerweise bereit sein sollte, seine körperliche Unversehrtheit zu opfern, um wieder gesund zu werden³.

Ein Mensch kann höchstverständige Gründe dafür haben, auf die Heilung seines Leidens, auf die Linderung von Beschwerden zu verzichten.⁴ Der Kranke hat das Recht, die Amputation zu verweigern, damit er seinen Arm oder sein Bein noch eine zeitlang gebrauchen oder behalten kann - um den Preis eines deswegen verfrühten Todes.⁵

Und wenn es höchst unverständige Gründe sind, aus denen er sich weigert, der Empfehlung des

1) Vgl. statt vieler: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 2 II Rz 36 GG; dabei ist die Unterscheidung, ob der ärztliche Heileingriff eine Körperverletzung darstellt oder nicht, im Verfassungsrecht belanglos, vgl. dazu unten B).

2) BGH NJW 1959, 814.

3) BGH St 11, 111 (113).

4) Bockelmann NJW 1961, 945.

5) Laufs NJW 1974, 2029.

Arztes zu folgen, muß seine Willensentscheidung dennoch respektiert werden.¹ Zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Freiheitsrecht gehört das Recht, andere Wege zu gehen, sich zu irren, das Recht auf objektiv falsche Entscheidungen und ein immanentes Risiko des Scheiterns².

Auch der Arzt darf keinen Patienten einem Zwang unterwerfen, der ihm seine körperliche Bewegungsfreiheit nimmt, wenn nicht der Patient oder dessen gesetzlicher Vertreter zugestimmt hat oder die Gesetze eine zwangsweise Freiheitsentziehung besonders zulassen³.

Gewiß hat sich der Arzt bei seiner Berufsausübung naturgemäß in erster Linie mit dem Wohl des Kranken zu befassen⁴. Dies kann jedoch nur, so weit der Patient es will, Gegenstand ärztlicher Bemühungen sein⁵.

Fazit: Der Ratschlag des Hippokrates⁶, dem Kranken das meiste zu verbergen und ihm nichts von dem zu sagen, was kommen wird und ihn bedroht, kann heute keine Geltung mehr beanspruchen⁷. Dieser Ratschlag ist mit den heutigen Anschauungen von dem Beruf des Arztes und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht zu vereinba-

1) Bockelmann, a.a.O.

2) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz Art. 2 II Rdnr. 37; Gallwas NJW 1976, 1134.

3) BGH VersR 1959, 765 (766).

4) Brüggemann, a.a.O.

5) Louren, DRiZ 1965, 392; Laufs NJW 1969, 529 (530)

6) s. oben A I 2)

7) BGHZ 29, 46 (50)

ren¹. Dies wird auch heute von medizinischer Seite anerkannt².

- e) Selbstverständlich gehört es auch zur Selbstbestimmung des Patienten, daß er dem Arzt seines Vertrauens freie Hand geben darf, vielleicht in dem nicht unvernünftigen Bestreben, sich selbst die Beunruhigung durch Einzelheiten einer Gefahr zu ersparen, nachdem er sich bereits von der Notwendigkeit ihrer Inkaufnahme überzeugt hat.³
- f) Da die personale Selbstbestimmung des Menschen einen sehr hohen Wert darstellt⁴, so wird dies erst recht Geltung beanspruchen, wenn ein ärztlicher Eingriff nicht unmittelbar zu Heilzwecken vorgenommen wird, sondern lediglich eine Verschönerung des Aussehens angestrebt wird.⁵

Die Entscheidung, ob man sich eine Höckernase begradigen lassen will oder ob man durch "Liften" sein Aussehen verjüngen will, kann allein der betroffene Mensch treffen, nicht der Arzt. Genauso, wie die freie Arztwahl der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts dient⁶, liegt es mit der Entscheidung, ob man sich einer kosmetischen Operation unterziehen will oder nicht.

1) Friedrich VersR 1954, 329

2) Vgl. hierzu Nachweise bei Schwalm MDR 60, 722; bei dem Umfang der Aufklärungslast wird jedoch zu untersuchen sein, wieweit Hippokrates wieder zu seinem Recht kommen kann und muß.

3) BGH NJW 1973, 556 (558); inwieweit ein Aufklärungsverzicht eines Patienten anzunehmen sein wird, bedarf eingehender Untersuchung; s. dazu unten.

4) Kaufmann A. ZStW 73, 341 (362)

5) Damit ist aber nicht gesagt, daß eine kosmetische Operation keinen Heilzweck beinhaltet, vgl. dazu unten S. 62.

6) BVerfG NJW 1960, 715 (717).

3) Das Sittengesetz

Billigt man dem Patienten die Entscheidungsbefugnis über die Versehrtheit zu, so billigt man ihm letztlich auch die Entscheidungsbefugnis über Leben und Tod zu, da er die Hilfe des Arztes verweigern kann. Andererseits stellt ein Selbstmord eines Menschen einen Verstoß gegen das Sittengesetz dar.

Hierbei führt die Frage, wann der Arzt die abweisende Haltung des Kranken mißachten darf, in die Grenzzone zwischen Rechtsgebot und Sittengesetz¹. Und weiterhin, ob ein Arzt, der nach seinen ethischen Überzeugungen einen Kranken behandeln müßte, es aber wegen der abweisenden Haltung des Kranken unterläßt, strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann bzw. muß. Dies ist namentlich in den Fällen eines lebensgefährlich verletzten Selbstmörders der Fall.

- a) In der Rechtssprechung ist in einigen Fällen die Begründung der Entscheidung auf das Sittengesetz gestützt worden. So führte der Bundesgerichtshof² aus: "Normen des Sittengesetzes gelten aus sich selbst heraus; ihre starke Verbindlichkeit beruht auf der vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte und der das menschliche Zusammenleben regierenden Sollenssätze; sie gelten unabhängig davon, ob diejenigen, an die sie sich mit dem Anspruch auf Befolgung wenden, sie wirklich befolgen und anerkennen oder nicht; ihr Inhalt kann sich nicht deswegen ändern, weil die Anschauungen über das, was gilt, wechseln."

1) Laufs NJW 1969, 529 (530).

2) BGHSt 6, 46 (51, 52).

Gerade bei der Strafrechtspflege wird häufig auf die sittlichen Gründe der anzuwendenden Norm zurückgegriffen¹. Denn gerade im Strafrechtsbereich ist die materielle Rechtssetzung die Verrechtlichung eines allgemeinen Sittengesetzes, beispielsweise die Mißbilligung der Unzucht².

- b) Ob jedoch auch der Richter und nicht nur der Gesetzgeber seiner Entscheidung das Sittengesetz zugrundelegen darf, erscheint zumindestens zweifelhaft. Zwar ist das Sittengesetz sicherlich "Recht" im Sinne des Art. 20 III GG.

aa) Es stellt sich jedoch zunächst die Frage, ob die Normen des Sittengesetzes objektive, von Anerkennung unabhängige Geltung haben³. Zu bedenken ist einmal, daß eine freiheitliche Rechtsordnung um der Gewissensfreiheit willen eine weltanschaulich offene sein muß, die sich nicht ein dogmatisch verbindliches System materialer Sozialethik zugrunde legt, sondern die allen wohldenkenden Rechtsgenossen gemeinsame Sittlichkeit⁴.

- bb) Darüberhinaus kann der Strafrichter wegen des Grundsatzes "nullum crimen sine lege" gem. Art. 103 II GG seine verurteilende Entscheidung nicht mit ungeschriebenen Rechtsätzen im Sinne von Art. 20 III GG begründen, sondern nur mit Gesetzen.

1) Wieacker, JZ 1961, 337 (341)

2) Weinkauff NJW 1960, 1689 (1695); Wieacker, a.a.O.

3) Grünwald ZStW 73, 35.

4) Wieacker JZ 1961, 337 (339).

- c) Selbst wenn man unterstellt, daß es ein objektives Sittengesetz gibt, so ist bei der Feststellung durch den Richter, was nun dieses Sittengesetz sei, das Moment des Subjektiven nicht ganz auszuschließen¹.

Die Anschauung des Richters vom Sittengesetz soll ihm Richtschnur für sein eigenes Verhalten sein². Das Sittengesetz darf man aber nicht ohne weiteres als Grundlage für die rechtliche Wertung des Handelns anderer nehmen; wer das tun wollte, der würde seine persönliche Moralität zur objektiven Rechtsnorm erheben.³

Das Sittengesetz kann also bei der Frage, ob ein Arzt die abweisende Haltung eines Kranken mißachten darf, nicht herangezogen werden.

- d) Bei kosmetischen Operationen ist es sicherlich absurd, aus dem Sittengesetz heraus den Arzt für verpflichtet zu halten, eine kosmetische Operation durchzuführen, um bei diesem Patienten eine sehr gravierende Häßlichkeit zu beseitigen.⁴

Jedoch wollte Engisch 1939 aus Gründen des Sittengesetzes die Unzulässigkeit einer kosmetischen Operation herleiten, wenn sie mit Gefahr für wichtige körperliche Funktionen verbunden war, wie diese z.B. bei Brustoperationen für die Stillfähigkeit bestehen.⁵ So sah insbeson-

1) Bockelmann JR 1954, 361 (363).

2) Grünwald ZStW 73, 35f.

3) Bockelmann JR 1954, 361 (363).

4) Beispiele für solche Operationen s. u. S. 60

5) Engisch ZStW 58, 10.

dere auch noch Schröder Schönheitsoperationen u.U. als sittenwidrig an¹. Hierin zeigt sich besonders, daß das Moment des Subjektiven bei Beurteilung der Frage, was nun dieses Sittengesetz ist, nicht auszuschließen ist², und ist Beweis für die Wandelbarkeit des Sittengesetzes.³ Denn Brustoperationen sind heute uneingeschränkt zulässig.

Nach dem oben Gesagten⁴ darf man jedoch das Sittengesetz nicht ohne weiteres als Grundlage für die rechtliche Wertung des Handelns anderer nehmen. Aus dem Sittengesetz läßt sich heute für eine Unzulässigkeit einer kosmetischen Operation nichts mehr herleiten.

1) in Schönke-Schroeder, 17. Auflage, Rdnr 10 zu § 226a StGB; vgl. a. Schmitt, S. 269.

2) Vgl. oben S. 14.

3) Grünwald ZStW 73, 35f.

4) s. S. 14

II) Die Bedeutung der ärztlichen Aufklärungslast:

1) Geschichtlicher Rückblick:

- a) Das Problem der Aufklärungslast bei ärztlicher Konsultation und Heilbehandlung ist juristisch gesehen verhältnismäßig jungen Datums.¹ Noch im Jahre 1906, in dem sich das Reichsgericht mit einer Operation zu beschäftigen hatte, die im Interesse des Lebens oder der Gesundheit nicht geboten (Schieloperation), wenn auch zur Beseitigung des Leidens erforderlich war und die zum Verlust eines Auges führte, spielte das Problem der Aufklärungslast des Arztes keine Rolle².

Die allerersten Entscheidungen, die die Aufklärungslast berühren, stammen aus den Jahren 1912/1913³.

Eindeutig bejaht wurde die Aufklärungslast durch eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 29. Februar 1932⁴: "Auch einen Krebskranken hat der Heilbehandler wahrheitsgemäß - wenn auch nicht notwendig über alle Einzelheiten und Folgen - aufzuklären, soweit nicht aus besonderen Gründen des Einzelfalles eine Beeinträchtigung zu befürchten ist."

In dem gleichen Zeitraum ergingen auch die ersten Entscheidungen zur Aufklärungslast bei kosmetischen Operationen. Das OLG Naumburg⁵ hatte sich

1) Engisch, Heileingriff und ärztliche Aufklärungspflicht, S. 7

2) RG JW 1907, 505.

3) Vgl. Eb. Schmidt, Verh. des 44. DJT, b.

4) RG St 66, 181 f.

5) JW 1932, 3369 (3370).

mit einem Fall zu befassen, bei dem es um die mißglückte Entfernung von Brusthaaren ging:

"Es handelte sich um einen Schönheitsfehler, dessen Weiterbestehen weder das Leben noch die Gesundheit des Patienten bedrohte. Ein gewissenhafter Arzt hatte deshalb die Pflicht, den Patienten darauf hinzuweisen, daß die Behandlung nicht unbedingt Erfolg verspreche und daß sie möglicherweise nicht ohne nachteilige Folgen sein könne."

In einem anderen Fall war dem Arzt die kosmetische Behandlung eines Nasenflügels mißglückt¹. Da die ursprüngliche Entstellung des Behandelten auf luetischer Grundlage beruhte, war das Gelingen der Operation äußerst fragwürdig. Wenn der Arzt trotzdem einen 99%igen Erfolg zusicherte, war die Verschlechterung auf die schuldhaft falsche Aufklärung zurückzuführen¹.

- b) Während das Reichsgericht sich also noch sehr selten mit diesem Problem zu beschäftigen hatte², nehmen die Haftpflichtprozesse gegen Ärzte und damit das Problem der Aufklärungslast ständig zu. Dies beruht einerseits darauf, daß in der Medizin technische Apparaturen immer mehr Gewicht gewinnen; den Segen, den sie stiften, begleiten auch neue Gefahren; treten diese ein, sind sie oft von folgenschweren Schäden begleitet³.

1) RG vom 11.12.1934, RG Brief 5, mitgeteilt bei Friedrich, VersR 1954, 380 (383).

2) Außer den vorgenannten Entscheidungen auch: RG in JW 1937, 3087 mit Anmerkung von Kallfelz JW 1937, 3090; RGZ 163, 129 ff; RGZ 168, 206 ff.

3) Laufs, NJW 1974, 2025.

Außerdem steht einem heute verminderten Krankheitsrisiko ein vermehrtes Behandlungsrisiko gegenüber: 95 Tote unter 100 Krebskranken hätten früher als unabänderliches Schicksal gegolten, die 5 % Geheilten als Leistung des Arztes; 50 Geheilte heute dagegen fast als Selbstverständlichkeit, 5 Geheilte mit Komplikationen als ärztliche Fehlleistung¹.

Darüberhinaus ist die Vorstellung, daß man Schicksalsschläge, Unglück und Schaden selbst tragen muß, weitgehend verlorengegangen; eine Ersetzung der individuellen Gerechtigkeit durch soziale Gerechtigkeit, eine Verlagerung von Schäden auf die Allgemeinheit, weil die Belastung eines Einzelnen als unbillig gewertet wird, führt zu einer Art stillen Versicherungsdenkens². Diese Tendenz läßt sich gerade auch hinter der Aufklärungsproblematik verfolgen².

1) Roemer, Aufklärungspflicht S. 9, 11.

2) Wiethölter, Arzt und Patient, S. 75

2) Die Definition der ärztlichen Aufklärungslast läßt sich nicht aus dem Begriff selbst herausgewinnen, sondern nur aus Bedeutung und Funktion.

a) Da die Gesetze die Aufklärungslast nicht statuiert haben, das ganze Problem überhaupt neueren Datums ist, fragt sich: aus welchen rechtlichen Gesichtspunkten wird überhaupt die Aufklärungslast abgeleitet?¹

aa) nach öffentlichem Recht:

Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gem. Art. 2 GG steht bei der Frage, ob eine ärztliche Behandlung durchgeführt werden soll, im Vordergrund². Das Selbstbestimmungsrecht kann der Patient bei der Frage, "ob" eine ärztliche Behandlung durchgeführt werden soll, nur verwirklichen, wenn er von allen für diese Entscheidung tragenden Gesichtspunkten Kenntnis hat. Fehlt diese Kenntnis des Patienten, so muß sie ihm vom Arzt vermittelt werden³. Die Aufklärung des Patienten ist folglich Selbstbestimmungsaufklärung⁴.

Der Arzt geht häufig im Gegensatz zum Juristen von der Voraussetzung aus, daß der Arzt-Patienten-Vertrag in erster Linie die Hilfeleistung beinhalte, und daß der Patient nur ausnahmsweise und dann expressis verbis die Aufklärung zum Inhalt des Vertrages macht⁵.

1) Engisch, Heileingriff und ärztliche Aufklärungspflicht, S. 9

2) Vgl. oben S. 5 ff.

3) Über Maß und Umfang der Aufklärungspflicht s.u. III)

4) Vgl. Engisch, a.a.O., S. 12.

5) So vor allem Roemer, Aufklärungspflicht, S. 5.

Diese Auffassung ist aber auch in Ärztekreisen nicht unbestritten; vielmehr wird auch von dieser Seite dagegen eingewandt, daß sich jeder Arzt irren kann, dem Patienten aber gerade bei bedrohlicher Diagnose die Möglichkeit der freien Entscheidung über seine weitere Behandlung gegeben werden muß¹.

Somit ist die Forderung nach Aufklärung zur Sicherung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten unabdingbar.²

bb) Im Bereich des Zivilrechts wird vom Arzt eine Aufklärung aus zwei verschiedenen Rechtsgründen gefordert:

aaa) Es gibt zum einen eine Aufklärungspflicht des Arztes im Sinne einer echten Rechtspflicht des Arztes, mit der ein Anspruch seitens des Patienten korrespondiert.

Die Aufklärungspflicht ist hier Teil der Behandlung selbst, auf die sich der gesamte Arztvertrag bezieht. So wird der Arzt seinem Patienten häufig dessen Krankheit oder Anfälligkeit erläutern müssen, um ihn zu schonender Lebensweise, Diät oder Enthaltensamkeit zu bestimmen.⁴ Einen Patienten, dessen Leber stark vergrößert ist, wird er darauf hinweisen müssen, daß er den unmäßigen Alkoholgenuß einstellen muß. Hier steht

1) So vor allem Roemer, Aufklärungspflicht, S. 5.

2) Spann, Ärztliche Rechts- und Standeskunde, S. 138.

3) BGH NJW 78, 587 (589); BGHZ 29, 176 (181); a.A. Brüggmann, NJW 77, 1473.

4) Laufs, Arztrecht, Rzi 64; Steindorff JZ 1963, 370; Bockelmann, Aufklärungslast des Arztes S. 804.

die ärztliche Information in vollem Einklang mit dem höchsten Standesethos: "salus aegroti suprema lex."¹

Diese sich aus dem ärztlichen Behandlungsvertrag ergebende "therapeutische"² Aufklärungspflicht ist deshalb nicht Streitgegenstand zwischen den Ärzten und Juristen und bildet auch nicht Gegenstand dieser Untersuchung, da sie völlig selbstverständlich ist.

- bbb) Unabhängig von dieser therapeutischen Aufklärungspflicht besteht eine dem Arzt obliegende Aufklärungspflicht nicht im obigen Sinne einer echten Rechtspflicht, sondern im Sinne einer Aufklärungslast³ des Arztes gegen sich selbst.

Diese Aufklärungslast des Arztes ergibt sich aus § 823 BGB. Denn nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts⁴ und des Bundesgerichtshofs⁵ stellt der - auch medizinisch-indizierte und lege artis durchgeführte - ärztliche Heileingriff den Tatbestand einer Körperverletzung dar.⁶

1) Laufs, a.a.O.

2) Hallermann, Aufklärungspflicht S. 46.

3) Erstmals Steindorff, JZ 1963, 370; ihm folgend: Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 76, derselbe, Aufklärungslast des Arztes, S. 804; Engisch, Heileingriff und ärztliche Aufklärungspflicht S. 12.

4) RGZ 163, 129ff; RGZ 168, 206ff.

5) BGHZ 29, 46ff.

6) Zur Kritik an dieser Rechtssprechung vgl. u. B); der Streit zwischen Literatur und Rechtssprechung ist jedoch für den Bereich des Zivilrechts nicht relevant, da ein ärztlicher Heileingriff ohne Ein-

Zur Rechtmäßigkeit dieser Körperverletzung ist ein Rechtfertigungsgrund erforderlich. Als solcher kommt die Einwilligung des Patienten in Betracht¹. Einwilligen kann der Patient jedoch nur, wenn er die Tragweite seiner Entscheidung genau überblicken kann. Dies soll ihm die Selbstbestimmungsaufklärung² seitens des Arztes ermöglichen.

Die Aufklärung des Patienten durch den Arzt ist hier nur insoweit relevant, als sie dem Patienten das Wissen zu vermitteln hat, dessen er für eine überlegte Entscheidung bedarf; nur soweit die Aufklärung Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligung in einen Eingriff ist, ist der Arzt zu ihr verpflichtet³.

Eine Antwort auf die Frage, ob die Aufklärung des Patienten durch den Arzt die Erfüllung eines schuldrechtlichen Anspruchs des Patienten oder nur eine Last des Arztes im Sinne einer Obliegenheit ist, läßt sich in der neueren höchstrichterlichen Rechtssprechung

willigung des Patienten die Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts bedeutet und somit ebenfalls einen Schadensersatzanspruch des Patienten gem. § 823 I BGB begründet, Kleinewefers, Aufklärungspflicht S. 34; allenfalls für die Beweislastverteilung ist dies relevant, vgl. Grünwald, Arzt und Recht S. 139.

1) Louven, NJW 1963, 386.

2) Vgl. oben S. 20.

3) Engisch, ZStW 73, 10f.

nicht einheitlich finden¹. Sie wird vielmehr allgemein nur als Behandlungspflicht des Arztes und Pflicht zur sachgemäßen Behandlung bezeichnet.² Demgegenüber bezeichnen das LG Gießen und der BGH die Aufklärungslast als eine selbständige Rechtspflicht, die neben der Pflicht zur Heilung steht.³

Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Denn wenn Anknüpfungspunkt für die Selbstbestimmungsaufklärung eben das Einwilligungserfordernis ist, kann die hieraus gefolgerte Aufklärung nur so weit gehen, daß der Patient die Tragweite seiner Entscheidung überblicken kann.

Hierzu bedarf es keiner Aufklärungspflicht, die dem Patienten einen klagbaren Anspruch auf Aufklärung gäbe.⁴

Das, was man also gewöhnlich die Aufklärungspflicht des Arztes nennt, ist eine Last, deren man sich entledigen muß, wenn man sich gegen den Vorwurf sichern will, eigenmächtig zu handeln.⁵

Insoweit stimmt diese Auffassung letztlich auch mit der in Ärztekreisen verbreiteten Meinung überein, daß der Arzt-Patient-Vertrag in erster Linie die ärztliche Hilfeleistung beinhal-

1) Kleinewefers, VersR 1963, 297 (300).

2) Kaufmann, ZStW 73, 341 (362); BGH NJW 56, 1106; BGHZ 29, 176 (181).

3) LG Giessen, NJW 56, 1111; BGH NJW 59, 814 (815).

4) Steindorff JZ 1963, 370.

5) Bockelmann, Die Aufklärungslast des Arztes S. 804; Engisch, Heileingriff und ärztliche Aufklärungspflicht S. 12.

tet¹. Nur ergibt sich die Aufklärungs-
last eben aus dem Erfordernis der Ein-
willigung.

- cc) Auch aus strafrechtlichen Gründen ist eine
Aufklärung des Patienten seitens des Arztes
erforderlich:

Denn nach der Rechtssprechung des Reichsge-
richts² und ihm folgend der Bundesgerichts-
hof³ erfüllt auch der medizinisch-gebotene
und lege artis durchgeführte ärztliche Heil-
eingriff den Tatbestand einer Körperverlet-
zung gem. § 223 StGB.⁴ Um einer strafrecht-
lichen Verfolgung zu entgehen, bedarf daher
der Arzt eines Rechtfertigungsgrundes, Als
solcher kommt die Einwilligung des Patien-
ten gem. § 226 a StGB in Betracht.

Einwilligen kann der Patient jedoch nur,
wenn er die Tragweite der Entscheidung
überblicken kann, insoweit ist auch hier
die Aufklärung des Patienten erforderlich.

1) S. oben S. 19; Roemer, Aufklärungspflicht, S. 5.

2) Grundlegend: RG St 25, 375 ff; ihm folgend:
RG ST 66, 181 ff.

3) BGH St 11, 111ff. ohne Auseinandersetzung mit der
Fülle der Einwände der Literatur!

4) Zur Kritik an dieser Rechtsprechung und Auseinan-
dersetzung s.u. B).

b) Resümee:

Die Aufklärungslast des Arztes ist also im Zivil- und Strafrecht aus dem gleichen Rechtsgrund erforderlich: sie soll dazu beitragen, dem Patienten seine Entscheidung, ob er in die ärztliche Behandlung einwilligt oder nicht, überhaupt erst zu ermöglichen, und dient somit auch der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts. Maß und Umfang der ärztlichen Aufklärung richten sich also im Zivil- und Strafrecht nach den gleichen Kriterien.

Gleichzeitig ergibt sich daraus aber auch, daß Maß, Umfang und Grenzen der Aufklärungslast nur aus ihrer Funktion heraus zu ermitteln sind: die Einwilligung des Patienten muß auf eine tragfähige Grundlage gestellt werden.

III) Maß, Umfang und Grenzen der ärztlichen Aufklärungslast:

Eine Untersuchung des Umfangs und der Grenzen der Aufklärungslast hat von dem Patienten auszugehen, denn im Mittelpunkt der Aufklärungsproblematik wie auch der gesamten ärztlichen Behandlung steht der Patient selbst - und damit aber auch das Wohl und die Heilung des Patienten.

Damit ist aber zugleich auch das Spannungsverhältnis von zwei Rechts- und Interessenkreisen genannt, das letztlich die Ursache für den Streit zwischen Ärzten und Juristen bildet. Denn auf der einen Seite steht die ethisch hohe Berufsaufgabe des Arztes mit dem vornehmsten Recht und der wesentlichen Pflicht, den Menschen vor Krankheit zu bewahren oder seine Leiden zu heilen; diese Aufgabe - Heilung des Patienten - kann der Arzt aber nur erfüllen, wenn er den Interessenkreis des Patienten berührt, insbesondere bei Operationen der Eingriff die körperliche Integrität des Patienten berührt.¹

1) Der verständige Patient:

Der Patient muß sicherlich nicht zu einer in jeder Beziehung medizinisch richtigen Beurteilung seiner Lage befähigt sein, um die Tragweite seiner Einwilligung zu kennen; soviel ist der Arzt nicht zu sagen und der Patient nicht zu begreifen imstande².

Soweit die Ärzte erklären, aus praktischen Gründen sei eine Aufklärung nicht möglich, mißverstehen sie die Forderung der Rechtsprechung zum Inhalt

1) Kleinewefers, Die Aufklärungspflicht unter Berücksichtigung der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs, S. 15.

2) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 57.

der Aufklärung; auch die Juristen wissen sehr wohl, daß es nicht möglich ist und keinem Arzt zugemutet werden kann, einem Laien eine medizinische Vorlesung zu halten.¹ Für den medizinischen Laien ist es auch letztlich gleichgültig, welche Syndrome ihn treffen können; wichtig und unentbehrlich ist nur die Aufklärung dahin, daß überhaupt bestimmte Schädigungsformen möglich sind.²

Nun ist allerdings ein objektives Kriterium erforderlich, um dem Arzt eine Richtschnur für seine Aufklärung geben zu können, denn alle Patienten unterscheiden sich in ihrem Wesen. Maßstab hierfür ist das Aufklärungsbedürfnis des "verständigen" Patienten³.

Was versteht man nun unter dem verständigen Patienten? Einerseits könnte man den verständigen Patienten mit demjenigen identifizieren, den der Arzt als Idealen betrachtet; das wäre der Kranke, der im vernünftigen und berechtigten Vertrauen auf die Sachkunde des Arztes sich dem ärztlichen Ratschlag fügte, ohne viel zu fragen⁴. Wäre das jedoch das entscheidende Kriterium, gäbe es kaum eine Aufklärungslast.⁵ Es ist aber gerade Sinn des Einwilligungserfordernisses, das körperliche Wohl des Patienten zumindest nicht in allen Fällen dem Willen des Patienten vorzuordnen.⁶

Der Arzt hat sich vielmehr die Frage vorzulegen, ob

-
- 1) Kleinewefers, Die Aufklärungspflicht unter Berücksichtigung der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs, S. 24.
 - 2) OLG Hamm, NJW 1976, 1157 (1158)
 - 3) BGH NJW 1961, 2203 = MDR 1962, 44
 - 4) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 58.
 - 5) Grünwald, Arzt und Recht, S. 145.
 - 6) Bockelmann, a.a.O.: voluntas non salus aegroti suprema lex

irgendein verständiger Patient, und sei es nur aus besonderen Gründen, dem mit der Behandlung zusammenhängenden Umstand ein solches Gewicht beimessen könnte, daß er seinetwegen die Behandlung ablehnen könnte.¹

Der Maßstab der Verständigkeit des Kranken ergibt sich hierbei aus den allgemeinen Lebensanschauungen; danach gehört zur Verständigkeit zunächst ein Fundament freilich laienhaften Wissens über medizinische Dinge, dazu aber auch eine Charaktereigenschaft: die Fähigkeit, bei den Überlegungen, welche ein im Krankheitsfall zu treffender Entschluß nötig macht, das rechte Maß zu treffen, weder im Hoffen noch im Fürchten zu übertreiben, vom Aberglauben an die Allmacht der medizinischen Wissenschaft ebenso frei zu bleiben wie vom Aberglauben an die Übermacht des Wunderdoktors.²

Der Begriff des verständigen Patienten gibt nun allerdings keinen absoluten Maßstab für die Aufklärung des Patienten. Aber dies liegt nun einmal in der Natur der Sache. Vielmehr ist immer der konkrete Einzelfall maßgeblich³. Z.B. ist die Entfernung der Gebärmutter bei einer 50-jährigen Frau, die keine Kinder mehr erwartet, etwas anderes als bei einer jungvermählten 25-jährigen⁴. Eine 50- oder gar 60jährige Frau wird dem Verlust der Gebärfähigkeit, - wenn sie eine verständige Patientin ist - nicht die gleiche Bedeutung beimessen wie eine junge Patientin.

1) Grünwald, a.a.O.

2) Bockelmann, Die Aufklärungslast des Arztes, S. 808

3) Vgl. u.a.: BGH NJW 1961, 2302 = VersR 1961, 1036; BGHZ 29, 46 (53).

4) Dieser Umstand hätte im Myom-Urteil des BGH St 11, 111 stärker Beachtung finden müssen; vgl. dazu unten B).

Auch ist zu beachten, daß es neben dem objektivierten "verständigen Patienten" Patienten mit gewissen Sonderinteressen gibt. So ist für einen Klavierspieler die Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit seiner Finger ein wesentlich bedeutenderer Umstand als für den normalen Patienten.

Obwohl also ein objektives Kriterium gefunden ist, ist dem Arzt damit keine absolute Richtschnur an die Hand gegeben worden.

Da die Umstände des Einzelfalles maßgeblich sind, kann dem Arzt auch bezüglich der Frage, wie er sich seiner Aufklärungslast entledigt, nur ein relativer Maßstab gegeben werden. Denn die Patienten unterscheiden sich in ihrem Wissen und Bildungsgrad weitgehend voneinander; deshalb ist es angebracht und zulässig, den einzelnen auch in verschiedener Art und Weise über Krankheit und Heilbehandlung aufzuklären.¹ Insoweit steht dem Arzt ein angemessener Spielraum zur Verfügung.

Hier also können sich Sachkenntnis und Einfühlungsvermögen des Arztes auswirken, um die Aufklärung den Erfordernissen des Einzelfalles anzupassen.¹

Hierbei muß dem Aufklärungsempfänger die ärztliche Behandlung in einer seinem Verständnisvermögen angepaßten Weise so erläutert werden, daß er, wenn auch nur im großen und ganzen, weiß, worin er einwilligt.²

Denn bei der Aufklärungsproblematik ist niemals ihre Funktion außer Acht zu lassen: dem Patienten die Möglichkeit zu geben, die Tragweite seiner Entscheidung erkennen.

Daraus ergibt sich auf der anderen Seite auch, daß

1) BGHZ 29, 176 (183).

2) BGH NJW 1971, 1887.

eine Aufklärung dann nicht erforderlich ist, wenn der Patient - wie beispielsweise der Arzt - über die notwendige Kenntnis bereits verfügt; hier kann der Patient auch ohne Aufklärung seine Einwilligung erteilen.¹ So hat der Bundesgerichtshof¹ die Aufklärungslast des Arztes bei einer Kropfoperation verneint, da die Patientin Krankenschwester mit 20-jähriger Erfahrung war.

Hat der Patient irgendwelche Sonderinteressen, so sind diese für den Arzt zunächst nicht erkennbar; eine Aufklärung über Umstände, die irgendwelche Sonderinteressen betreffen, kommt demnach nur in Betracht, wenn der Arzt darüber Kenntnis hatte.²

Als Fazit läßt sich zunächst einmal festhalten, daß sich die Aufklärung bei einem verständigen Patienten auf verschiedenen Stufen "der Intensität" vollzieht. Denn der Umfang der Aufklärung richtet sich danach, welche Bedeutung ein verständiger Patient gewissen mit der Heilbehandlung verbundenen Umständen beimißt. Jemehr ein Umstand bei dem Entschluß, eine Heilbehandlung durchführen zu lassen, Bedeutung hat, desto eher muß der Patient in Kenntnis dieses Umstandes gesetzt werden. Je mehr der Patient jedoch bereits über das notwendige Wissen verfügt - insbesondere nach Erfahrungen aus der Krankenvorgeschichte³ - desto geringere Aufklärung ist erforderlich.

Diese Abstufung der Aufklärungslast könnte es rechtfertigen, die gesamte Aufklärungsproblematik an Hand einer "Stufentheorie" zu beurteilen,⁴ die sich

-
- 1) BGH NJW 1961, 2302 = VersR 1961, 1036.
 - 2) Vgl. hierzu den Fall des Klavierspielers, der seine schnellenden Finger operieren ließ, oben S. 29.
 - 3) BGH NJW 1976, 363 (364)
 - 4) Dies wird insbesondere noch bei der Bestimmung der Grenzen der Aufklärungspflicht Bedeutung haben, vgl. insb. S. 38ff.

letztlich aus dem Spannungsverhältnis zwischen Arzt und Patienten ergibt: Je stärker der Rechtskreis des Patienten berührt wird, desto schwerer wiegt die Aufklärungslast, je mehr es jedoch um das Wohl des Patienten geht, umso geringer wiegt die Aufklärungslast.

2) Umfang der Aufklärung:

Auszugehen ist auch hier von dem verständigen Patienten und der oben bezeichneten Stufentheorie.

a) Aufklärung über den Befund:

Sicherlich ist der Patient über den Befund aufzuklären. Dies wird sich schon meist aus dem Behandlungsvertrag selbst als eine echte Aufklärungspflicht des Arztes ableiten lassen, da die Aufklärung zur Therapie unerlässlich ist¹.

Der Patient hat schon deshalb ein Anrecht darauf, die vom Arzt erhobenen Befunde zu erfahren, denn das für jede ärztliche Behandlung notwendige Vertrauen läßt sich mit einem Schweigen oder gar mit einer Lüge nicht in Einklang bringen.² Vielfach möchte der Patient bei lebensbedrohlichen Erkrankungen familiäre, geschäftliche oder private Dinge in Ordnung bringen.²

Ist die Diagnose noch unsicher oder läßt sie sich erst auf Grund der Operation selbst erzielen, so ist auch dies dem Patienten zu eröffnen. Der Patient wird in aller Regel dann auch zu der Frage Stellung nehmen müssen, ob und wie weit er mit

1) Vgl. oben S. 20.

2) Spann, Ärztliche Rechts- und Standeskunde, S. 136.

denjenigen operativen Maßnahmen einverstanden ist, die sich bei dem diagnostischen Eingriff als indiziert herausstellen sollten¹.

Auch aus der Aufklärungslast des Arztes läßt sich eine Mitteilung des Befundes herleiten. Denn vielfach wird der Patient in eine Operation erst dann einwilligen wollen oder können, wenn ihm die Notwendigkeit der Operation durch Aufklärung über den Befund klar vor Augen geführt wird. Eine 25-jährige Patientin wird die Notwendigkeit der Entfernung der Gebärmutter erst einsehen, wenn ihr der Befund über ein Gebärmuttercarzinom mitgeteilt ist. Ist also der Arzt seiner aus dem Arztvertrag sich ergebenden Aufklärungspflicht noch nicht nachgekommen, muß er sich der Aufklärungslast vor Einholung der Einwilligung entledigen.

b) Art des Eingriffs:

Darüber hinaus ist der Patient über die Art des Eingriffs aufzuklären.²

Eine sachgemäße Aufklärung liegt dann vor, wenn er durch die Aufklärung in einen Kenntnisstand versetzt wird, daß er, wenn auch nur im großen und ganzen, weiß, worin er einwilligt.³

Folglich muß der Arzt über das Was des Eingriffs Auskunft geben: die Mandeln müssen entfernt werden; Blinddarmoperation; etc⁴. Denn die Aufklärung soll dem Patienten erlauben, die Bedeutung und Folgen des Eingriffs in seinen Grundzügen zu

1) Spann, a.a.O., S. 138.

2) BGH NJW 1971, 1887.

3) BGH NJW 1959, 2299; NJW 1963, 390 (393); NJW 1971, 1887.

4) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 59.

erkennen, damit er bei der für die Einwilligung erforderlichen Willensbildung das Für und Wider abzuwägen vermag¹. Es würde jedoch eine Über-
spannung der Anforderungen an die ärztlichen Aufklärung bedeuten, wenn man dem Arzt zur Pflicht machen wollte, daß er alle möglichen Einzelheiten des geplanten Eingriffs vorher mit dem Patienten erörtert.²

Bei der Beurteilung der Einzelheiten in der Erfüllung der Aufklärungslast seitens des Arztes kommt es gerade auf die individuelle Situation an: insbesondere das Interesse des Patienten, seine geistige Verfassung, die Lage zu überblicken.

3) Aufklärung über Gefahr und Folgeschäden:

Eine sachgemäße Aufklärung umfaßt allerdings unter Umständen auch den Hinweis auf die mit dem Eingriff nicht beabsichtigte, aber durch ärztliche Kunst nicht sicher vermeidbare Folgeschäden, für welche eine mehr oder minder große, dem medizinischen Laien aber aus der Art des Eingriffs nicht schon ohne weiteres ersichtliche Möglichkeit besteht.³ Denn nur dann kann er die Tragweite seiner Einwilligung überblicken.

Die eigentliche Problematik der Aufklärungslast liegt hier in der Bestimmung der Grenze⁴: Inwieweit ist noch auf Gefahren und Folgeschäden aufmerksam zu machen und inwieweit nicht?

-
- 1) Kleinewefers, Die Aufklärungspflicht unter Berücksichtigung der Rechtssprechung des BGH, S. 24.
 - 2) BGH NJW 1961, 261, (262).
 - 3) BGH NJW 1971, 1187.
 - 4) Spann, Ärztliche Rechts- und Standeskunde, S. 143; Friedrichs, VersR 1954, 330.

a) allgemeine Gefahren:

Es gibt zunächst einmal Gefahren, die mit schlechthin jedem ärztlichen Eingriff, auch mit dem harmlosesten, notwendigerweise verbunden sind. Es können Infektionen, Narkoseschäden etc. auftreten; dies weiß heutzutage jeder Mensch, auch derjenige, dessen Bildungsstufe nicht sehr hoch ist¹. Eine Aufklärung ist deshalb nicht erforderlich.

Es ist jedoch nicht Aufgabe des Arztes, den Patienten auf die Gefahren aufmerksam zu machen, deren Abwendung beim gegenwärtigen Stand der Operationstechnik für jeden Arzt, der seiner Ausbildung gemäß überhaupt eine Operation der betreffenden Art vornehmen darf, ohne nennenswerte Schwierigkeit möglich ist². Eine Belehrung über alle diese möglichen nachteiligen Folgen wird auch von der Rechtssprechung nicht gefordert³.

Andererseits bedeutet ein ganz allgemeiner Hinweis des Arztes auf diese Selbstverständlichkeit keine Aufklärung des Patienten über das Operationsrisiko.⁴

b) spezifische Gefahren:

Nach der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs hat der Arzt den Patienten auf Gefahren und Schäden hinzuweisen, die mit der Operation typischerweise verbunden sind, es sei denn, diese Schäden treten nur in äußerst seltenen Fällen auf und es ist anzunehmen, daß sie bei einem verständigen Patienten für seinen Entschluß, in

1) Bockelmann, NJW 1961, 945 (947).

2) Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 38.

3) Vgl. u.a. BGH NJW 1959, 814 (815).

4) Spann, Ärztliche Rechts- und Standeskunde, S. 142.

die Behandlung einzuwilligen, nicht ernsthaft ins Gewicht fallen¹.

Der Begriff der Typizität der Gefahr ist jedoch nichtssagend² und unklar³. Denn nach dem allgemeinen Sprachgebrauch verbindet man damit eine hohe Häufigkeit der Erscheinungen;³ nach der Rechtssprechung muß jedoch auch auf Gefahren u.U. hingewiesen werden, die sich nur in 0,18 % der Fälle verwirklichen⁴.

Der Begriff der typischen Gefahren soll wohl vor allem zur Abgrenzung von den allgemeinen, mit jeder Operation verbundenen Gefahren dienen. Besser wäre hier jedoch der Begriff der spezifischen Gefahr.

Spezifisch sind einmal alle notwendigen Folgen der Heilbehandlung oder ihrer Unterlassung wie z.B. der Verlust eines Organs⁵.

Spezifische Gefahren sind solche, mit deren Eintritt im konkreten Fall zu rechnen war, denen zwar Bekämpfungsmittel, aber doch nicht als unbedingt sicher wirkende gegenüberstehen: Herz- oder Lungenbefund machen es zwar nicht unmöglich, aber doch zweifelhaft, ob der Patient die Operation überstehen werde.⁶

Nicht spezifische Gefahren und Folgeschäden sind solche, die auf einer unglücklichen Verkettung unübersehbarer Umstände beruhen, die zwar der me-

1) BGHZ 29, 46 (57) und BGHZ 29, 176 (181).

2) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 60

3) Schwalm, Aufklärungspflicht, S. 25.

4) Vgl. BGH NJW 1976, 365 (366); in diesem konkreten Fall entfiel jedoch eine Aufklärungslast, da die Gefahr ohne Eingriff mit größerer Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre.

5) Schwalm, MDR 1960, 724.

6) Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 38 f.

dizinischen Wissenschaft nicht gänzlich unbekannt sind, da sie immer wieder einmal beobachtet werden, die aber doch so selten eintreten, daß sie als nichtspezifisch angesehen werden müssen.¹

Mehr jedoch als die Abgrenzung von den allgemeinen Gefahren läßt sich aus dem Begriff der Typizität der Gefahr nicht herleiten.

c) Die Intensität der Gefahr als Abgrenzungskriterium:

Bereits oben wurde erörtert, daß ein Hinweis auf ganz selten eintretende Gefahren nicht erforderlich ist.² Dies bietet Anlaß zu der Überlegung, einen Hinweis auf eine Gefahr von der Häufigkeit des Schadenseintritts abhängig zu machen.

aa) Hierbei wurde der Vorschlag gemacht, eine Hinweispflicht dann zu bejahen, wenn der Eintritt einer bestimmten spezifischen Gefahr in etwa 10 % der Fälle eintrete³. Damit wäre zwar den Ärzten eine absolute Richtschnur an die Hand gegeben.

Dagegen ist jedoch einzuwenden:

- Für die Frage, ob eine Gefahr ins Gewicht fällt oder aber von jedem vernünftigen Menschen in Kauf genommen wird, kommt es nicht allein auf die Wahrscheinlichkeit einer Komplikation an.⁴ Ist eine Operation lebenswichtig, so kann eine größere Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens als 10 % unerheblich sein; geht es dagegen

1) Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 38 f.

2) Vgl. oben S. 34.

3) Schwalm, MDR 1960, 724.

4) Grünwald, ZStW 73, 17.

um die Behandlung eines nur lästigen Leidens, so kann auch eine geringere Wahrscheinlichkeit des Auftretens desselben Schadens einen verständigen Menschen von der Behandlung abhalten.¹ Wenn z.B. die Kinderlosigkeit einer Frau nur durch eine Operation mit der Eröffnung des Leibes behoben werden kann, wird die Patientin selbst das Operationsrisiko im Verhältnis zur Dringlichkeit ihres Kinderwunsches abwägen müssen².

- Jede Einigung auf die Festlegung einer Prozentzahl würde durch die Fortschritte der medizinischen Wissenschaft überholt.
- Außerdem liegen die Verhältnisse von Fall zu Fall verschieden: Was bei der Operation eines alten Menschen zu besorgen ist, braucht bei der Behandlung eines jungen womöglich nicht befürchtet zu werden; ferner spielen die Konstitution des Patienten, sein allgemeiner Kräftezustand, auch seine psychische Verfassung eine Rolle³.

Dahinter steckt das Problem der empirischen Ermittlung solcher Prozentwerte. Zum einen unterscheiden sich die Patienten sehr in ihrer Konstitution; zum anderen treten Risiken in unterschiedlicher Intensität in den einzelnen Kliniken auf. Gefahren, die in einer guteingerichteten Spezialklinik sehr leicht beherrscht werden können, können in einem Landkrankenhaus nur wesentlich schwerer bewältigt werden.⁴

1) Grünwald, ZStW 73, 17.

2) Roemer, S. 15.

3) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 60.

4) s.u. S. 41.

Eine feste Richtzahl kann es also nach Lage der Dinge nicht geben; denn immer ist der Einzelfall maßgeblich¹.

- bb) Die Häufigkeit des Auftretens von schädlichen Nebenwirkungen und Folgen, die mit einem ärztlichen Eingriff verbunden sind, bietet also für sich allein kein genaues Abgrenzungskriterium; es bleibt jedoch zu prüfen, ob die Komplikationsdichte im Zusammenhang mit anderen Faktoren ein geeignetes Kriterium abgibt.

Wie bereits oben ausgeführt, kommt es auch auf die Dringlichkeit der Operation an; ist eine Operation lebenswichtig, so kann eine größere Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens unerheblich sein.²

Die Intensität der Gefahr ist also in zweierlei Hinsicht zu beachten: Zum einen, mit welcher Häufigkeit sie sich verwirklicht, wenn der operative Eingriff durchgeführt wird, zum anderen, welche Gefahren und nachteilige Folgen eintreten, wenn die Operation unterbleibt; denn für einen vernünftigen Patienten ist es von Bedeutung, wie schwer das Operationsrisiko im Verhältnis zu den Folgen wiegt, die für den Patienten im weiteren Verlauf seiner Erkrankung zu erwarten wären, wenn er sich nicht in ärztliche Behandlung begeben würde³.

Eine Aufklärungslast läßt sich also aus Kom-

1) heute ganz h.M. vgl.: Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 38.

2) Vgl. oben S. 36, 37.

3) BGH NJW 1961, 2203 = MDR 1962, 44.

pplikationsdichten allein nicht ableiten¹. Vielmehr muß letztlich aufgrund der Umstände des Einzelfalles gefragt werden, ob von einer Aufklärung des Patienten über die bei typischen Gefahren bestehende Schadensmöglichkeit abgesehen werden kann.²

Die erwähnte Berücksichtigung des Einzelfalls und der Dringlichkeit der Operation darf jedoch nicht dazu führen, den Gedanken der Komplikationsdichte entbehrlich zu machen³. Je dringender die Indikation, je notwendiger der Eingriff ist, desto leichter wiegt die Aufklärungslast; je weniger dringend, desto schwerer wiegt die Aufklärungslast⁴.

Dieser Ansatz, der von einem reziproken Zusammenhang zwischen Indikation und Aufklärungslast ausgeht, ergibt sich letzten Endes aus dem oben⁵ erwähnten Spannungsverhältnis, das insoweit zwischen Arzt und Patient besteht.

Hieraus folgt letztlich auch eine Konkretisierung der oben⁶ bereits angedeuteten Stufentheorie. Umfang und Grenze der Aufklärung richtet sich vor allem danach, auf welcher Stufe der ärztliche Eingriff liegt (nicht-dringlicher Eingriff - große Gefahr, die mit Eingriff verbunden ist: hohe Aufklärungslast; dringlicher Eingriff - geringe Gefahr: niedrige Aufklärungslast).

1) Kleinewefers VersR 63, 297 (300).

2) BGH a.a.O.

3) Stammberger, S. 15

4) Laufs, NJW 74. 2025.

5) S. 26 und Kleinewefers, Die Aufklärungspflicht unter Berücksichtigung der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs, S. 15.

6) S. 31.

Denn ein verständiger Patient - von dem die gesamte Untersuchung auszugehen hat - wird einem ärztlichen Heileingriff eher zustimmen, wenn dieser zur Abwendung einer akuten Lebensgefahr dringend geboten ist - wenn er auch seinerseits wiederum mit gewissen Gefahren und Risiken verbunden ist - als wenn der ärztliche Heileingriff weniger dringlich ist.

- cc) Dem Vorschlag von Schwalm¹, eine feste Prozentzahl zu bestimmen, bei der eine Hinweispflicht auf den Eintritt einer Gefahr zu bejahen ist, kann noch aus einem anderen Grunde nicht gefolgt werden. Denn nicht nur die Häufigkeit, sondern auch die Art der Schädigung spielt für den Entschluß eines verständigen Patienten eine große Rolle; die Gefahr, daß eine Behandlung in etwa 5 % der Fälle zum Tode führt, hat ein anderes Gewicht als die Gefahr, daß mit 5 % Wahrscheinlichkeit leichtere Nebenfolgen entstehen². Maß und Umfang der Aufklärungslast werden somit auch von dem Grad der Gefährlichkeit des Eingriffs mitbestimmt³. Wenn etwa in einem von 20 Fällen erhebliche Komplikationen auftreten - und erhebliche Komplikationen stehen bei der Frage der Aufklärung im Vordergrund - ist es regelmäßig nicht Sache des Arztes, sondern des Patienten, über die Eingehung eines solchen Risikos zu entscheiden⁴.

1) MDR 1960, 724: Hinweispflicht nur, falls Komplikationen in 10 von 100 Fällen auftreten.

2) Grünwald, ZStW 73, 17.

3) BGH NJW 1959, 814 (815).

4) BGH NJW 1972, 335 (337).

dd) Zur Komplikationsdichte selbst ist schließlich darauf hinzuweisen, daß es auch auf die konkrete Behandlungssituation ankommt. Denn in einer Spezialklinik mit Spezialisten und einem entsprechenden Instrumentarium wird in der Regel risikoloser operiert werden können als in einem Landkrankenhaus mit wohl geschulten, aber nicht ständig in Übung befindlichen Fachärzten;¹ die Spezialklinik wird mit einer eintretenden Komplikation in der Regel schneller und sicherer fertig werden als der Facharzt, der als Belegarzt operiert². Deshalb kommt es gerade darauf an, wie die Verhältnisse dort liegen, wo die Operation des betreffenden Patienten stattfindet³.

Vor einer Verallgemeinerung muß aber auch hier eindringlich gewarnt werden. So hatte der Bundesgerichtshof⁴ darüber zu entscheiden, ob eine Aufklärung an einer Universitätsklinik unterbleiben konnte, obwohl bei dieser Operation eine Komplikationsdichte im allgemeinen bei 2,8 % vorlag, bei der betreffenden Klinik jedoch in 186 Fällen keine Komplikation auftrat: "Solange die Zahl der Fälle an der betreffenden Klinik nicht groß genug war, um ein Zufallsergebnis auszuschließen, durfte von den gegenüber den sonstigen Erfahrungen günstigeren Verhältnissen nur ausgegangen werden, soweit ein Grund dafür ersichtlich ist, wie z.B. besseres Verfah-

1) OLG Stuttgart NJW 1973, 560 (561);
OLG Celle NJW 1978, 593.

2) OLG Stuttgart NJW 1973, 560 (561).

3) BGH NJW 1961, 2203; OLG Celle NJW 1978, 593;
BGH NJW 1971, 1887 (1888).

4) BGH NJW 1971, 1887 (1888).

ren, bessere Mittel etc."¹

- ee) Eine weitere Komponente, die für den verständigen Patienten bei seinem Entschluß, in eine Heilbehandlung einzuwilligen, eine Rolle spielt, ist die Heilungschance. So war in der Entscheidung des OLG Stuttgart¹ folgender Sachverhalt zu beurteilen. Wucherungen in der Kiefernnebenhöhle wurden durch Radikaloperation ohne vorherige Belehrung über die Möglichkeit des Nachwuchses von Polypen entfernt. Hier hätte der Arzt darauf hinweisen müssen, daß - wenn auch mit einer geringen Wahrscheinlichkeit - mit einem Wiederauftreten des Leidens gerechnet werden mußte.²

Ein nicht sicherer Heilungserfolg wird erst recht Bedeutung erlangen, wenn mit der Heilbehandlung Gefahren verbunden sind. Denn ein verständiger Patient geht umso weniger bereitwillig ein Risiko ein, wenn er nicht auch sicher weiß, daß er von seinem Leiden befreit wird. Als Faustregel wird auch hier gelten müssen: Je aussichtsreicher der Eingriff ist, umso weniger braucht man die retardierenden Momente hervorzukehren, je weniger die Operation Erfolg verspricht, umso mehr muß man darauf aufmerksam machen, daß sie auch gewisse Gefahren in sich birgt.³

Diese Abstufung der Aufklärungslast ergibt sich letztlich wieder aus dem zwischen Arzt und Patient bestehenden Spannungsverhältnis.

1) OLG Stuttgart NJW 1973, 560.

2) OLG Stuttgart NJW 1973, 560; BGH NJW 1971, 1887.

3) Engisch, Heileingriff und ärztliche Aufklärungspflicht, S. 34

Je stärker der Rechtskreis des Patienten durch einen ärztlichen Eingriff berührt wird, um so schwerer wiegt die Aufklärungslast; je dringender der Eingriff in den Rechtskreis des Patienten erforderlich ist, um eine lebensbedrohliche Gefahr von dem Patienten abzuwenden, desto geringere Anforderungen sind an die Aufklärung zu stellen.

Selbstverständlich kann auch mit dieser Formel nicht jeder Fall mit der Sicherheit bewertet werden, die mathematischen Lösungen eigen ist; wie auf vielen Rechtsgebieten bestehen auch hier fließende Grenzen, die nur in vorsichtig abtastender Rechtssprechung näher bestimmt werden können¹. Absolute Maßstäbe kann es nach Lage der Dinge nicht geben; vielmehr müssen stets die Umstände des Einzelfalls maßgebend sein².

Nicht in jedem Fall wird jedoch ein Hinweis auf einen zweifelhaften Heilungserfolg gerechtfertigt sein. Denn gerade ein solcher Hinweis kann den Heilungserfolg beeinträchtigen und letztlich mehr Schaden anrichten³.

1) Kleinewefers VersR 1963, 297 (300).

2) Bockelmann; Strafrecht des Arztes, S. 60.

3) Vgl. unten S.55 ff.

4) Sonderfälle

a) Wahl zwischen mehreren Behandlungsarten

Stehen mehrere Behandlungsarten zur Verfügung, so stellt sich auch hier die Frage, ob der Arzt den Patienten auf die Unterschiede einschließlich der Risiken hinweisen muß.

Hier ist zu beachten, daß der Bundesgerichtshof nicht von vornherein jede Abweichung von der Schulmedizin mißbilligt¹. In weiser Zurückhaltung verzichtet er darauf, die Ärzte an einen bestimmten Kanon *legum artis* zu binden². So ist der Arzt nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs nicht verpflichtet, das als wirksamstes geltende Mittel auch dann anzuwenden, wenn seine auf sachliche Gründe gestützte persönliche Überzeugung mit der überwiegenden Meinung nicht übereinstimmt³.

Was dem einen als indiziert und kunstgerecht erscheint, hält der andere für bedenklich oder sogar verwerflich⁴. Die rechtliche Folge ist, daß der Arzt, der ein anderes Verfahren anwendet als das, welches die Schule lehrt, damit allein noch keine Sorgfaltspflichtverletzung begeht, sofern nach seiner, in gewissenhafter Abwägung des Für und Wider gewonnenen ärztlichen Überzeugung die von ihm bevorzugte Methode die bessere ist; sollte der Eingriff dann "mißlingen", - sei es auch nur in dem Sinne, daß unerwünschte Nebenfolgen auftreten -, kann es dem Arzt nur selten bewie-

1) Petersen, Therapiewoche 1963, 1135.

2) Bockelmann, Aufklärungslast des Arztes, S. 806.

3) BGH NJW 1962, 1780.

4) Engisch in Heidelberger Jahrbücher, 1960, S. 62

sen werden, daß er etwas falsch gemacht habe.¹

Auch aus einem anderen Grunde ist der Nachweis eines ärztlichen Kunstfehlers schwierig: Schon die Diagnose über das vorhandene Leiden und die Prognose über den Verlauf der Erkrankung können trotz Aufwendung aller Erkenntnismethoden unsicher sein². Solange sich der Arzt bei der Diagnostik an die Erkenntnisse der Medizin hält und solange die Behandlung bei dieser Diagnose von der medizinischen Wissenschaft als angezeigt und die Durchführung als richtig angesehen wird, ist an Indikation und Durchführung nichts auszusetzen, mag es sich auch nachher erweisen, daß die Diagnose unrichtig war, und mögen spätere wissenschaftliche Erkenntnisse die Behandlung desavouieren³.

Ex post stellen sich demnach die Dinge häufig anders dar als ex ante; für die Frage, ob die Grundsätze eines gewissenhaften Arztes befolgt worden sind, kann nur der Standpunkt ex ante maßgeblich sein⁴.

Dem Arzt kann jedoch hier der Vorwurf eines anderen fehlerhaften Verhaltens treffen. Denn er hat, wenn gewichtige Stimmen in der medizinischen Literatur darauf hinweisen, daß eine hergebrachte Operationsmethode unter den gegebenen Umständen zu schwerem Schaden führen kann, den Patienten darüber aufzuklären, sofern er sich hierüber hinwegsetzen will⁵. Das wird vor allem dann gel-

1) Bockelmann, Aufklärungslast des Arztes, S. 806.

2) Engisch, a.a.O., S. 61.

3) Grünwald, Arzt und Recht, S. 229.

4) Engisch, a.a.O., S. 61.

5) Laufs, NJW 1978, 1181.

ten, wenn die eine Behandlungsart zwar einen sichereren Heilungserfolg verspricht als die andere, jedoch auch risikoreicher ist. In einem solchen Falle wird man die Entscheidung allein dem Patienten überlassen müssen.

In solchen Fällen besteht zwischen dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers und demjenigen versäumter Aufklärung eine echte Wechselbeziehung, weil der Arzt dem Patienten einerseits die Entscheidung für oder gegen eine ernstlich umstrittene Behandlungsmethode nicht vorenthalten darf, andererseits aber durch dessen Zustimmung, wenn sie auf genügender Aufklärung beruht, i.d.R. auch dann gerechtfertigt wird, wenn sich die Behandlung aus späterer Sicht als schon im Ansatz verfehlt erweist, zunächst aber immerhin als vertretbar angesehen werden konnte¹, da eben der Standpunkt ex ante maßgeblich ist.

- b) Wahl, ob Eingriff oder Unterlassen desselben zu einer Besserung führt:

In einem anderen Urteil hatte der Bundesgerichtshof im Dezember 1959 mit folgendem Sachverhalt sich zu befassen²: Bei der Klägerin war ein Phrenicus-Schnitt vorgenommen worden, um die rechte Zwerchfelletätigkeit stillzulegen; als Dauerfolge trat ein bleibender erheblicher Verlust der Atemkapazität ein. Das Urteil führt u.a. aus: Die Patientin habe gewußt, was eine Phrenicus-Operation bedeutete; war aber die Sachlage derart, daß es fraglich scheinen konnte, ob die Operation notwendig oder vermeidbar war und ob ihrer Vor-

1) BGH NJW 1978, 587 (588).

2) BGH VersR 1960, 475.

nahme oder Unterlassung der Vorzug zu geben sei, um einen Heilungserfolg zu erzielen, so hätte der Klägerin dies nicht verborgen gehalten werden dürfen.¹ Eine Aufklärung hat deshalb nicht nur über mehrere Behandlungsarten zu erfolgen, sondern auch darüber, daß eine Beseitigung wegen des Preises hierfür nicht erstrebenswert ist.

Zwar wird der Vorwurf versäumter Aufklärung über das Risiko eines Eingriffs oft vom Patienten mißbräuchlich dann erhoben, wenn er nach einem Mißerfolg den Nachweis eines ärztlichen Behandlungsfehlers nicht hat führen können, eben weil vom Standpunkt ex ante eine Pflichtverletzung nicht vorlag.² Von einem Mißbrauch dieses Klagegrundes kann aber dann nicht gesprochen werden, wenn der Eingriff zu seiner Rechtfertigung schon objektiv der Zustimmung des Patienten bedarf, weil er mit seiner Entscheidung für eine nicht unangefochtene ärztliche Lehrmeinung verbunden ist³.

Es bleibt demnach festzusaltan, daß die Aufklärungslast des Arztes einen größeren Umfang haben wird, wenn für den Patienten eine wirkliche Alternative zwischen zwei möglichen Eingriffen besteht, als in den Fällen, wo nach der ärztlichen Wissenschaft nur ein einziger Eingriff angebracht ist⁴.

c) Weitergehender Eingriff während der Operation:

Häufig stellt sich während der Operation heraus, daß ein weitergehender Eingriff oder gar ein Ein-

1) BGH VersR 1960, 475.

2) Laufs, Arztrecht, Randziffer 67, 68.

3) Deutsch, VersR 1977, 102.

4) Küchenhoff, Der Nervenarzt 1965, S. 150;
vgl. auch OLG Stuttgart, NJW 1973, 560.

griff in anderer Richtung erforderlich ist, der u.U. mit einem erhöhten Risiko verbunden ist. Grundsätzlich wird für diesen Fall auch gelten müssen, daß der Arzt vor der Operation den Kranken auch darauf hinweisen muß, wenn er bereits jetzt weiß, daß ein solcher Eingriff in Betracht kommen kann.

Was hat aber nun zu gelten, wenn der Arzt eine Aufklärung darüber unterlassen hat, sei es, weil er den weitergehenden Eingriff für nur ganz unwahrscheinlich hielt, oder sei es, weil dieser überhaupt nach der Diagnose für einen gewissenhaften Arzt nicht erkennbar war?

aa) Die Erteilung der Aufklärung ist unmöglich in den Fällen, daß eine in Gang befindliche Operation wieder abgebrochen werden müßte, um sich nach Aufhören der Betäubung bei dem Patienten zu erkundigen, ob er mit einer Ausdehnung der Operation in einer nicht genehmigten Richtung einverstanden ist¹. Dies ist auch in dem grundlegenden Myomurteil des Bundesgerichtshofs anerkannt worden². Ein Abbruch einer Operation kam nach dem ärztlichen Standpunkt angesichts der Gefahren, die daraus für den Patienten hätten erwachsen können, nicht in Betracht³.

bb) Etwas anderes gilt jedoch, wenn ein ganz anderer Eingriff angezeigt ist⁴. Stellt der Arzt während einer Blinddarmoperation fest, daß außerdem eine Niere entfernt werden muß,

1) Engisch, Heidelberger Jahrbücher 1960, S. 67.

2) BGHSt 11, 111 ff.

3) BGHSt 11, 115; zu einer weiteren Kritik an diesem Urteil unten.

4) Bockelmann, NJW 1961, 945 (949).

so darf er diesen Eingriff nur vornehmen, wenn er unvermeidlich ist und seine Verschiebung auf eine neue Operation Leben oder Gesundheit ernstlich gefährden würde.¹

- cc) Aufsehen erregte der Bundesgerichtshof, als er folgenden Sachverhalt zu entscheiden hatte, der die Aufklärungslast bei einem unvorhergesehenen Operationsrisiko betraf:² Der Arzt hatte bei einem Patienten eine Schallleitungsstörung wie bei einer Otosklerose festgestellt; um deren Ursachen nachzugehen und die darauf beruhende Schwerhörigkeit auf dem rechten Ohr zu beseitigen und um zu verhindern, daß auch das linke Ohr auf die Dauer in Mitleidenschaft gezogen werden könnte, schlug er dem Patienten vor, das rechte Mittelohr zu öffnen und nach Abhilfemöglichkeiten zu suchen. Während der Operation erkannte der Arzt eine angeborene Mittelohrmißbildung und hätte demzufolge mit der ernsthaften Möglichkeit eines ungewöhnlichen Verlaufs des Gesichtsnerves rechnen müssen, was bei etwa 10 % der sogenannten kleinen Mittelohrbildungen der Fall ist; gleichzeitig erwies sich die Befürchtung, daß auch das linke Ohr bei Nichtoperation in Mitleidenschaft gezogen würde, als unbegründet. Gleichwohl operierte der Arzt weiter und durchschnitt den nervus facialis, was zu einer halbseitigen Gesichtslähmung des Patienten führte.

Der BGH hat hier eine Abwägung des im Verwirk-

1) Bockelmann, a.a.O.; warum der Arzt hier strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn er gleichwohl diesen Eingriff vornimmt, wird unter B) behandelt.

2) BGH NJW 1977, 337 ff.

lichungsfalle in seinen Folgen schwerwiegenden Risikos einer Verletzung des nervus facialis mit der vitalen medizinischen Indikation des Eingriffs für erforderlich gehalten¹. Der Arzt habe die Operation abzubrechen, wenn er während dieser auf ein erhöhtes Operationsrisiko stößt, über das er nicht aufgeklärt habe, und die Operation ohne Gefährdung oder Unterbrechung abgebrochen werden kann, um die Einwilligung nachzuholen.¹

Mit diesem Ergebnis hat das Gericht jedenfalls die Grenze dessen erreicht, was das Recht dem Arzt an aufklärenden Hinweisen abverlangen kann.²

Diesem Urteil wird auch von Seiten der Ärzteschaft zugestimmt³; hinzuweisen ist jedoch darauf, daß die Operation in örtlicher Betäubung vorgenommen wurde. Eine Verallgemeinerung und Übertragung dieses Urteils auf weite Bereiche der Chirurgie ist nicht möglich³. Der Sachverhalt wies vor allem folgende Besonderheit auf: Es ging nicht nur um die Beseitigung eines lästigen Leidens; vielmehr ging man vor der Operation davon aus, daß sich die Schwerhörigkeit auf beide Ohren ausdehnen würde, während sich während der Operation die lokale Begrenzung des Leidens herausstellte. Nicht allein das Auftreten eines erhöhten Risikos erforderte also das Abbrechen einer in örtlicher Betäubung vorgenommenen Operation; hinzu kommen muß vielmehr

1) BGH NJW 1977, 338.

2) Laufs, NJW 1977, 1081 (1082)

3) Anmerkung der Schriftleitung der NJW 1978, 1684 zu einem Gutachten der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie.

auch, daß sich während der Operation die Krankheit im Gegensatz zu vorher nur als lästiges Leiden herausstellt, von dem auch keine weitere Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens mehr zu befürchten ist.

Grund hierfür ist, daß eine völlige unterschiedliche Gewichtung der Risiken aufgetreten ist. Während es vor der Operation darum ging, den Patienten vor einer dauernden und schwerwiegenden Beeinträchtigung seiner Hörfähigkeit zu bewahren, so war dieses Ziel während der Operation obsolet geworden; gleichzeitig bestand die Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens des Patienten. Diese völlige gegensätzliche Gewichtung der Risiken war aber von der ursprünglichen Einwilligung nicht gedeckt. Man wird an diesem Urteil festhalten müssen, ein Abbruch der Operation kommt jedoch nur unter folgenden kumulativen Voraussetzungen in Betracht:

- (1) ein erhöhtes Operationsrisiko tritt während der Operation auf
- (2) über dieses ist nicht aufgeklärt worden
- (3) die Operation ist nicht dringlich, vielmehr liegt lediglich ein lästiges Leiden vor, wobei die Gefahr, daß sich dieses verschlechtert, im Gegensatz zu den Erkenntnissen vor der Operation völlig ausgeschlossen ist,
- (4) ein Abbruch der Operation ist ohne sonstige Gefährdung möglich, wie dies z.B. bei einer örtlichen Betäubung der Fall ist; denn dann kann die Operation nach kurzem wieder fortgesetzt werden.

Fehlt auch nur eines dieser Merkmale, so kann ein Abbruch der Operation nicht verlangt werden.

5) Eine Aufklärung entfällt in folgenden Fällen:

a) Der Patient verzichtet auf eine Aufklärung:

Da die Aufklärung nur dem schutzwürdigen Interesse des Patienten dienen soll, kann dieser auf eine Unterrichtung verzichten¹. Denn es gehört zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten, daß er dem Arzt seines Vertrauens freie Hand geben darf, vielleicht in dem nicht unvernünftigen Bestreben, sich selbst die Beunruhigung durch Einzelheiten einer Gefahr zu ersparen, nachdem er sich bereits von der Notwendigkeit ihrer Inkaufnahme überzeugt hat².

Ein derartiger Verzicht muß nicht ausdrücklich erklärt werden; es genügt vielmehr, wenn dieser aus dem Verhalten des Patienten ersichtlich ist. So ist der Arzt einer Aufklärung des Patienten über mögliche Schadensfolgen eines Eingriffs enthoben, wenn er nach den besonderen Umständen des Falles und der redlichen Verkehrsanschauung das Verhalten des Patienten dahin verstehen kann, daß er im Bewußtsein der Komplikationsmöglichkeit mit dem Eingriff einverstanden ist³. Ein stillschweigender Verzicht kann darin liegen, daß der Patient in eine vom Arzt vorgeschlagene Heilbehandlung einwilligt, ohne eine nähere Aufklärung über den Befund zu verlangen.⁴

1) Kleinewefers, VersR 1964, 349 (350).

2) BGH NJW 1973, 556.

3) BGH VersR 1961, 1036 = MDR 1962, 45.

4) Spann, Ärztliche Rechts- und Standeskunde, S. 136.

In der Praxis ist der Aufklärungsverzicht des Patienten sehr häufig, denn entweder vertraut der Patient dem Arzt blind oder er folgt nach einigen orientierenden Fragen seinem Rat: nach ärztlicher Erfahrung ist es nicht die Ausnahme, sondern die Regel, daß der Patient über Einzelheiten der Behandlung und eventuell schädliche Folgen im Detail nichts zu erfahren wünscht.¹

Die Annahme eines generellen Aufklärungsverzichts, der vielfach in den Worten des Patienten liegt, er vertraue dem Arzt und überlasse ihm die notwendige Behandlung, bedarf jedoch einer Einschränkung; ist doch schon im allgemeinen ein Verzicht auf ein bestimmtes Recht nicht zu vermuten². Die Annahme einer generellen Einwilligung findet dort ihre Grenze, wo die Gefahr der Behandlung über das für einen verständigen Menschen vorhersehbare Maß hinausgeht³. In solchen Fällen ist Vorsicht geboten und der Arzt wird in Zweifelsfällen eher eine weitere Aufklärung geben müssen⁴. Hat die vorgesehene Behandlung ganz einschneidende Folgen, die ersichtlich außerhalb der Vorstellung des Patienten liegen und für ihn wesentlich sein werden, dann wird die Erklärung keinen Verzicht auf Aufklärung über diese Folgen haben⁵. Aber auch hier wird es stets auf den Einzelfall ankommen; je vertrauensvoller sich das Arzt-Patienten-Verhältnis im Einzelfall gestaltet hat, desto eher ist ein Verzicht auf die Aufklärung anzunehmen⁶.

1) Roemer, Aufklärungspflicht, S. 12, 13.

2) Kleinewefers, Aufklärungspflicht, S. 42.

3) OLG Frankfurt NJW 1973, 1415 (1416).

4) Spann, Ärztliche Rechts- und Standeskunde, S. 136.

5) Kleinewefers, a.a.O., S. 41.

6) Kleinewefers, VersR 1964, 349 (350)

Weiter ist zu bedenken, daß der Patient an einer Aufklärung häufig erst interessiert ist, wenn operative Maßnahmen oder andere größere Eingriffe notwendig werden; folglich darf aus der Tatsache, daß der Patient während einer Untersuchung an einer Aufklärung nicht interessiert war, nicht ohne weiteres der Schluß gezogen werden, daß er auch vor einem Eingriff nicht aufgeklärt werden möchte¹. Die Alternative lautet nicht: soll der Patient voll aufgeklärt werden oder darf die Aufklärung ganz unterbleiben, vielmehr wird es häufig so sein, daß sich der Arzt mit einer partiellen Aufklärung begnügen darf, zu dieser aber auch verpflichtet ist.²

Hierbei wird der Arzt auch Ahnungslosigkeit und Irrtümer des Patienten über wesentliche Punkte auszuräumen haben³.

Der Grad der erforderlichen Aufklärung über mögliche unerwünschte Folgen richtet sich nicht zuletzt nach Intelligenz und Bildungsgrad des Patienten⁴, so daß auch hier wiederum letztlich der konkrete Fall maßgeblich ist.

Daß an einen Aufklärungsverzicht jedoch nicht allzu strenge Anforderungen zu stellen sind, ergibt sich auch noch aus folgenden: Es ist weiterhin üblich und therapeutisch so sachgemäß, daß sich die Aufklärung selbst wie auch die Verständigung über die sie betreffenden Wünsche des Patienten nicht in rechtsgeschäftlichen Formen, sondern im Rahmen eines verständnisvollen Arzt-

1) Spann, Ärztliche Rechts- und Standeskunde, S. 141.

2) Kaufmann, ZStW 73, 341 (349).

3) Spann, a.a.O.

4) BGH NJW 1976, 363 (364), vgl. auch oben S. 29 ff.

gesprächs vollzieht¹. Schließlich erscheint der Patient beim Arzt ja nicht als steinerner Gast, der zum richtigen Zeitpunkt von ihm mit einem Aufklärungsmonolog überschüttet wird; die Dinge liegen vielmehr in den kritischen Fällen so, daß die Aufklärung im tastenden, längerdauernden, oft auf mehrere Konsultationen erstreckten Gespräch erfolgt und auch erfolgen muß². Deshalb kann es einem Patienten auch zugemutet werden, daß er seinen Wunsch nach Einzelheiten, die über das Maß der von der Rechtssprechung geforderten Aufklärung "im großen und ganzen" hinausgehen, gegebenenfalls deutlich macht³. Andernfalls muß aus dem Verhalten des Patienten ein Aufklärungsverzicht geschlossen werden.

Es dürfte zur Entspannung des Problems beitragen, wenn man auch darauf abstellt, was der Patient seinerseits zum Aufklärungswerk beigetragen hat und wie weit der Arzt darauf vertrauen darf⁴.

b) Aufklärung bei Schädigung des Patienten?

Oben⁵ wurde bereits darauf hingewiesen, daß insbesondere bei dem Umfang der Aufklärungslast untersucht werden muß, wie weit Hippokrates zu seinem Recht kommen kann und muß. Immer ist zu berücksichtigen, daß es Aufgabe des Arztes ist, zum Wohle des Patienten zu handeln, und er alles unterlassen muß, was zum Nachteil des Patienten gereicht. Hier stellt sich die Frage, ob eine Auf-

1) BGH NJW 1973, 556 (558).

2) Blei JR 1962, 360.

3) BGH NJW 1973, 556 (558).

4) Blei, a.a.O.

5) Vgl. S. 11.

klärung auch dann erfolgen muß, wenn sie zu einer Schädigung des Patienten führen kann.

So fordert die Rechtsprechung in jedem Fall eine wahrheitsgemäße Aufklärung auch bei einem Krebskranken, soweit nicht aus besonderen Gründen des Einzelfalles eine Beeinträchtigung der Heilung zu befürchten ist¹; eine Auffassung, die auch von der Ärzteschaft Zustimmung fand².

Eine Einschränkung der Aufklärungslast läßt die Rechtsprechung also nur dort zu, wo besondere, in der Persönlichkeit des einzelnen Kranken liegende Umstände daraus eine ernste Gefahr für seine Gesundheit oder sein Leben befürchten lassen³. Freilich beginnen hier die Probleme, weil der Arzt ex ante entscheiden muß, wie ein Patient subjektiv durch die Aufklärung beeindruckt werden kann⁴; ein Problem, das nicht schematisch gelöst werden kann, dessen Behandlung aber höchste Anforderungen an Können, Taktgefühl, Einfühlungsvermögen und ärztliche Persönlichkeit stellt⁴.

Ob eine solche rechtliche Anforderung an einen verantwortungsbewußten, erfahrenen Arzt die allgemeine ärztliche Erfahrung mit schweren Krebskranken genügend berücksichtigt, und ob sie vom Arzt angesichts der naturgegebenen Grenzen menschlichen Erkennens des kranken Organismus und seiner möglichen Reaktionen sinnvoll und mit noch tragbarem Risiko überhaupt erfüllt werden kann, oder ob sie dem Arzt eine Last aufbürdet, die von Rechts wegen niemandem überbürdet werden darf,

1) So grundlegend RG St 66, 181.

2) Spann, Ärztliche Rechts- und Standeskunde, S. 138.

3) Laufs, NJW 1969, 529 (530)

4) Spann, a.a.O.

ließ der Bundesgerichtshof¹ offen und soll auch hier nicht weiter vertieft werden².

Zusammenfassung: Im allgemeinen - wenn man von dem Sonderfall eines Krebskranken absieht³ - hat der Arzt sich seiner Aufklärungslast zu entledigen; sie wiegt nach der Stufentheorie umso schwerer, je mehr Gefahren für den Patienten mit einer Heilbehandlung verbunden sind bzw. wenn diese nicht dringlich indiziert ist, sie wiegt umso leichter, je weniger Gefahren für den Patienten durch die Heilbehandlung entstehen, bzw. wenn diese zur Abwehr einer Lebensgefahr dringend indiziert ist.

c) Hinweis auf irrelevante Möglichkeiten:

Eine Aufklärung über Gefahren, die mit schlechthin jedem ärztlichen Eingriff verbunden sind, bedarf es nicht⁴. Es ist vor allem nicht erforder-

1) Urteil des BGH vom 28.6.1963 - 4 StR 202/63, mitgeteilt bei Bösche, Deutsches Ärzteblatt 1964/222 (224), zur Auswirkung auf die Strafbarkeit insbesondere der fehlenden Schuld vgl. u.B.

2) Vgl. hierzu: Roemer, JZ 1960, 137 ff; Steindorff JZ 1960, 139 ff. Demgegenüber ist die Aufklärungslast in der Schweiz gelockert, wenn sich aus der Vollaufklärung zwar keine den Operationserfolg gefährdende körperliche Benachteiligung, aber schwere und dauernde Verletzungen des seelischen Zustandes ergeben können, vgl. Hinderling, S. 62; zum französischen Recht vgl. Gehring, Die ärztliche Aufklärungspflicht im französischen Recht.

3) Ein weiterer Sonderfall, wo eine Aufklärung zu großem Schaden führen kann, ist der Fall einer Basedow-Psychose, vgl. Bauer, S. 49 und Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 62.

4) oben S. 34; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 59

lich, den Patienten darauf hinzuweisen, daß auch die geringfügigsten Eingriffe unter ungünstigsten Verhältnissen selbst bei Beachtung aller Vorsichtsmaßnahmen zu unvorhersehbaren Komplikationen führen können¹.

Andererseits bedarf es auch keines Hinweises auf Gefahren, die sich so selten verwirklichen und deren Hervortreten auch in diesem Falle des betreffenden Patienten so wenig wahrscheinlich ist, daß sie bei einem verständigen Menschen in seiner Lage für den Entschluß, in die Heilbehandlung einzuwilligen, nicht ernsthaft ins Gewicht fallen². Denn Sinn der Aufklärung ist nicht, den Patienten etwas wissen zu lassen, sondern der, ihm die Grundlagen für eine verständige Entscheidung an die Hand zu geben und seinem Recht auf freie Willensentschließung Geltung zu verschaffen; eine Aufklärung über irrelevante Möglichkeiten wird man rechtlich deshalb nicht fordern können³. Im Grundsatz besteht eine Aufklärungslast des Arztes über therapeutische Aussichten nur bei objektiv möglicher und für den Arzt subjektiv erkennbarer Gefährdung des Kranken⁴.

1) BGHZ 29, 176 (181); Friedrichs, VersR 1954, 380.

2) BGH NJW 1963, 393 (394).

3) Grünwald, ZStW 73, 18.

4) Friedrichs, VersR 1954, 380 f.

IV) Maß, Umfang und Grenzen der Aufklärungslast gerade bei kosmetischen Operationen

Bei Bestimmung von Maß, Umfang und Grenzen der Aufklärungslast gerade bei kosmetischen Operationen ist nun von den allgemeinen Grundsätzen auszugehen, wie sie oben entwickelt wurden. Gerade bei diesen Operationen, die nicht zur Abwendung einer Lebensgefahr dringend geboten sind, wird zu prüfen sein, ob auch hier die Stufentheorie - nach der die Aufklärungslast umso schwerer wiegt, je weniger die Operation dringlich ist - einen Ansatz zur Lösung bietet.

1) Unterschiede von allgemeinen und kosmetischen Operationen

Hierzu ist zunächst das Gemeinsame und das Unterschiedliche von kosmetischen und anderen ärztlichen Eingriffen herauszuarbeiten. Vielfach wird lediglich darauf hingewiesen, daß eine plastische Operation medizinisch nicht indiziert sei, eine Aufklärung sich deshalb auch auf alle nur denkbaren Gefahren zu erstrecken habe¹. Eine differenzierte Auseinandersetzung fehlt jedoch in der Rechtssprechung völlig. Man sollte sich aber wie stets auch hier vor simplifizierender Verallgemeinerung auf dem Gebiet der ärztlichen Aufklärungslast hüten². Zwar sind plastische Operationen in der Mehrzahl der Fälle nicht ebenso dringlich indiziert wie andere; gleichwohl kann mit dem Eingriff nicht nur eine Verschönerung des äußeren Erscheinungsbildes angestrebt werden, sondern ein Heilungserfolg, wie das für den gesamten Bereich der wiederherstellen-

1) Vgl. BGH NJW 1972, 335 (337).

2) Friedrichs VersR 1954, 380 (382).

den Chirurgie der Fall ist¹. Die kosmetische Operation ist eben nicht nur eine zweckmäßige Behandlung, die eine ganz andere Aufklärung bedingt; auch sie kann notwendig und medizinisch indiziert sein². Einige Beispiele für kosmetische Operationen sollen dies belegen:

- Bei einem Patienten war der rechte Nasenflügel infolge einer Wachstumsschädigung, die durch eine in der Kindheit operierte doppelseitige Lippen-Kiefer-Gaumenspalte verursacht war, stark verkürzt geblieben und die Nasenspitze zeigte eine einer Doggennase ähnliche Verkürzung. Nach Verlängerung des rechten Nasenflügels, Verlängerung des Nasenstegs und Verbesserung des Profils durch Knorpelimplantation konnte eine vollständige Wiederherstellung erreicht werden. Die Oberlippe konnte rekonstruiert werden, wobei die zunächst vorhandenen Narben und Reliefunebenheiten mit Hilfe der freien Transplantation eines Hautlappens beseitigt wurden³.
- Eine Schrumpfnase, die durch Verkehrsunfall entstanden ist, verunstaltete die Patientin stark; die frühere Nase konnte durch eine wiederherstellende Nasenplastik wieder vorgesehnt werden⁴.
- Durch Tumoroperation verlor die Patientin den Bulbus (= Augapfel), das Ober- und Unterlid und größere Teile der knöchernen Orbita (= Augenhöhle). Zunächst wurden die verlorenen Knochen des Joch-

1) Bockelmann, Zeitschrift für plastische Chirurgie 1977, 49 (51).

2) Kleinewefers, Die Aufklärungspflicht unter Berücksichtigung der Rechtssprechung des BGH, S. 29.

3) geschildert bei Schmid, Therapiewoche 1960/1961, S. 69.

4) Schmid, a.a.O., S. 65.

beins und des Stirnbeins durch vom Mund aus eingepflanzten Knorpel ersetzt und dann ein neues Ober- und Unterlid unter Verwendung von Ohrknorpeltransplantaten aufgebaut. Durch gestielte Verlagerung mimischer Stirnmuskulatur in das Lid konnte eine brauchbare Beweglichkeit ermöglicht werden¹.

Diese Beispiele ließen sich beliebig fortsetzen². Sie mögen jedoch genügen, um den breiten Spielraum der plastischen Operationen aufzuzeigen. Man wird in diesen Fällen nicht von einer bloß zweckmäßigen Behandlung sprechen können³.

Aber auch dann, wenn es nicht um den Bereich der wiederherstellenden Chirurgie geht, sondern darum, einem Patienten zu helfen, der unter irgendeiner Häßlichkeit seiner Gesichtszüge oder Gestalt seelisch leidet, kann es kein Zweifel sein, daß auch bei einer solchen Sachlage eine echte medizinische Indikation für den plastischen Eingriff gegeben ist⁴. Unförmige Nasen führen häufig zu erheblichen Hemmungen des Trägers, die sich einmal in einer Verminderung der Leistungsfähigkeit äußern können, andererseits kann aber das unvorteilhafte Äußere zu Zurücksetzungen im beruflichen Werdegang führen, die im Hinblick auf seine Leistungsfähigkeit eine Ungerechtigkeit für den Betroffenen darstellen und so die psychischen Komplikationen noch vermehren⁵. Auch die zwischenmenschlichen Beziehungen können

1) Schmid, a.a.O., S. 65.

2) Vgl. neben Schmid, a.a.O., S. 64 ff. auch Schrüdde, Therapiewoche 1960/61, S. 71 ff.

3) Kleinewefers, a.a.O., S. 29.

4) Bockelmann, Zeitschrift plastische Chirurgie 1977, 49 (51, 52)

dadurch berührt sein. So wird z.B. die Korrektur abstehender Ohren, die einen völlig harmlosen Eingriff darstellt, bei Kindern schon vor Schulbeginn durchgeführt, damit diese nicht dem Spott der Mitschüler ausgesetzt werden und so einen schweren seelischen Schaden davontragen¹.

Körperliche Fehlbildungen, insbesondere kosmetische Entstellungen im Kopf-Gesichts-Bereich, sind in der Individuationsphase oft Gegenstand tiefsitzender Selbstwertskrupel; dieser Thersiteskomplex kann - wie durch dermatologische und jugendpsychiatrische Beobachtungen und durch Reihenuntersuchungen an Kriminellen belegt ist - zu vielfältigen abnormen Reaktionen und Fehlhaltungen Anlaß geben.²

2) Mittelbare medizinische Indikation der kosmetischen Operation:

Auch bei einem solchen Eingriff ist also eine medizinische Indikation gegeben. Aber es kann kein Zweifel sein, daß es nicht dasselbe ist, ob bei einem Patienten ein ärztlicher Eingriff im Interesse seines Lebens dringend erforderlich ist oder ob es nur um die Beseitigung irgendeiner Häßlichkeit geht. Bei kosmetischer Operation wird deshalb von der Rechtssprechung wegen des Charakters dieser Operation eine weitergehende Aufklärungslast angenommen³. Da die Dringlichkeit der Operation eben auf einer sehr niedrigen Stufe steht, stehen andererseits Maß und Umfang der Aufklärung auf einer wesentlich höheren Stufe als im Normalfall. Denn ein verständiger Patient nimmt das Risiko eines Eingriffs um so be-

1) Schrudde, a.a.O.

2) Stutte, S. 71.

3) Ohm, VersR 1959, 3.

reitwilliger auf sich, je nötiger er ist, und umgekehrt¹.

Zwar ist es bezüglich der medizinischen Indikation nicht richtig, zwischen Eingriffen zur Wiederherstellung von Gesundheit und anderen kosmetischen Operationen zu unterscheiden². Aber gerade bei dem Umfang der Aufklärungslast wirkt sich dieser Unterschied aus, da eben letztere nicht so dringlich indiziert sind.

Noch ein anderer Unterschied besteht zwischen kosmetischen und sonstigen ärztlichen Eingriffen. Während bei diesen, um einen Heilerfolg herbeizuführen, das Leiden selbst angegriffen wird, ist der kosmetische Eingriff (soweit er sich nicht um den Bereich der wiederherstellenden Chirurgie handelt) auf etwas anderes gerichtet: hier wird nicht versucht, die psychische Störung, die aufgrund eines abnormen Äußeren beruht, direkt zu heilen - hierfür wäre der Psychiater zuständig; der Angriff richtet sich vielmehr unmittelbar nur gegen ein häßliches Äußeres; erst die Verschönerung des Patienten führt dann mittelbar zur Heilung des Patienten, da bei diesem Hemmungen langsam verschwinden und seine psychische Störung auf diese Weise geheilt wird.

1) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 59.

2) So aber das OLG Düsseldorf NJW 1963, 1979 mit ablehnender Stellungnahme von Barnikel, NJW 1963, 2374.

3) Fehlen einer medizinischen Indikation der kosmetischen Operation:

Neben der unmittelbaren medizinischen Indikation in den Fällen der wiederherstellenden Chirurgie wird jedoch in weiten Bereichen der kosmetischen Chirurgie das Vorliegen einer mittelbar medizinischen Indikation im Einzelfall geprüft werden müssen.

Nicht immer dürften psychische Störungen bestimmend für den Entschluß einer kosmetischen Operation sein. Auch andere Gesichtspunkte spielen eine Rolle. Als Motiv kommen insbesondere berufliche Überlegungen in Betracht. Die einen stehen am Beginn einer Karriere und glauben, diese durch einen kosmetischen Eingriff begünstigen zu können; die anderen haben bereits ihren beruflichen Höhepunkt erreicht und versuchen durch die Erhaltung des gewohnten, äußeren Erscheinungsbildes das Erreichte zu bewahren.

Als Beispiele seien aufgezählt:

Das Beseitigen von Tränensäcken, Facelifting, Haartransplantationen, Nasenverkleinerungen und -begradigungen.

Daneben spielen vor allem zwischenmenschliche Beziehungen im Privaten und im Intimbereich eine erhebliche Rolle. Neben den oben genannten Beispielen sind hier ferner Brustlifting, -vergrößerungen und -verkleinerungen, aber auch Veränderungen der Statur und des Umfangs erwähnt.¹

Wie weit hierbei Patienten zu gehen bereit sind und welche Risiken eine derartige Operation nach sich

1) s.a. unten Ziff. 4b bb

ziehen kann, zeigt der Sachverhalt einer Entscheidung des OLG Düsseldorf:¹

Der Arzt schnitt beim Gesäß einer Patientin zwei etwa 20 cm lange und 10 cm breite Hautfellappen in V-Form heraus und verpflanzte diese an die Brust. Das verpflanzte Gewebe wuchs nicht an; es entstand an der Brust eine Eiterung. Am Gesäß bildeten sich mehrere entstellende Narben und Wucherungen. Mehrere Nachoperationen waren erforderlich.

Heute sind die Techniken verfeinert; Brustvergrößerungen werden nicht mehr durch Haut- und Gewebeverpflanzungen, sondern durch Silikon-Einspritzungen vorgenommen. Die Risiken sind damit nicht geringer geworden, das Ziel ist das gleiche geblieben.

Der Patient kommt in diesen Fällen in die Praxis des Arztes um zwar primär einen kosmetischen Eingriff vornehmen zu lassen. Das Motiv dürfte jedoch in vielen Fällen sein, das eigene Selbstvertrauen zu stärken, die persönliche Ausstrahlung auf andere zu verbessern, um letztlich dadurch Schwierigkeiten aus dem Weg zu räumen, die seiner Ansicht nach der beruflichen Karriere entgegenstehen, oder um privaten Störungen entgegenzuwirken. Auch hier dürfte eine mittelbare - wenn auch weiter entfernte - medizinische Indikation nicht von der Hand zu weisen sein. Hier liegt für den Arzt erkennbar eine psychische Störung vor, die dem Patienten meist nicht bewußt ist.

Kommt der Arzt jedoch zu dem Ergebnis, daß eine mittelbare medizinische Indikation nicht vorliegt, oder daß die kosmetische Operation nicht das geeig-

1) OLG Düsseldorf NJW 1963, S. 1679 ff.

nete Mittel ist, eine eventuell vorliegende psychische Störung zu beseitigen, so stellt sich die Frage, ob der Arzt die Operation vornehmen darf, wenn der Patient auf deren Vornahme beharrt. Anlaß zu dieser Überlegung bietet der vom BGH entschiedene "Zahnextraktionsfall"¹: Eine Patientin verlangte von einem Zahnarzt, dieser möge ihr alle Zähne ziehen, damit sie endlich von ihren Kopfschmerzen befreit werde. Sie bestand auch auf dem Eingriff, obwohl der Zahnarzt diese selbst gestellte Diagnose als irrig erkannte. Als auch intensive Überlegungen seitens des Zahnarztes die Patientin nicht zu überzeugen vermochten, entschloß sich der Zahnarzt zur Extraktion von 16 Zähnen, das Kopfleiden der Patientin besserte sich jedoch nicht. Der Bundesgerichtshof kam hier zu einer strafrechtlichen Verurteilung des Arztes.

Kritik verdient schon die lapidare und undifferenzierte Feststellung des BGH, in dem zur Entscheidung anstehenden Fall liege keine medizinische Indikation vor, ohne zu berücksichtigen, daß es auch unbekannte psychische Zusammenhänge geben kann: So verschwanden bei einer Patientin jahrelange Unterleibsschmerzen, als man ihr Gallensteine zeigte, die angeblich aus ihr herausoperiert worden waren.²

Selbst wenn man in einem solchen Fall das Vorliegen einer medizinischen Indikation verneinen sollte, so erscheint mir eine strafrechtliche Verurteilung des Arztes in diesem Falle als fragwürdig. Denn einerseits darf ein Anwalt für seinen Mandanten einen aussichtslosen Prozeß führen, eine Bankweisungsgemäß das Geld nur in Verlustpapieren an-

1) BGH NJW 1978, 1206

2) Horn JuS 1979, 29 (31)

legen, andererseits wird man hinsichtlich seiner Gesundheit wie ein Unmündiger behandelt.¹ Folgt man der Meinung des BGH, so läßt sich nicht erklären, warum in dem geschilderten Falle eine Extraktion der Zähne straflos geblieben wäre, wenn sie allein aus kosmetischen Gründen erfolgt wäre, also - da nicht medizinisch indiziert - therapeutisch sinnlos, aber verboten sein soll, weil sie zwar ebenfalls therapeutisch sinnlos, aber keinen kosmetischen Zwecken gedient haben soll.¹

4) Maß und Umfang der Aufklärungslast bei kosmetischen Operationen

Aus diesen Gemeinsamkeiten und Unterschieden der beiden ärztlichen Operationen ergeben sich nun auch Maß und Umfang der Aufklärungslast bei kosmetischen Eingriffen.

a) Aufklärung über Erfolgchancen

Wie oben ausgeführt, ist auf einen zweifelhaften Heilungserfolg nicht in jedem Falle hinzuweisen; ein Hinweis muß unterbleiben, wenn dadurch erst recht der Heilungserfolg beeinträchtigt wird.

Bei einer kosmetischen Operation geht es jedoch unmittelbar nur um eine Wiederherstellung (bei wiederherstellender Chirurgie) der

1) Horn JuS 1979, 29 (31)

äußeren Erscheinung bzw. erstmalige Verschönerung (bei den übrigen kosmetischen Eingriffen wie z.B. einer Nasenkorrektur). Ein Erfolg dieser Operation ist weit mehr vom Geschick des Operateurs abhängig als bei anderen; psychologische Momente beim Patienten spielen keine bzw. nur eine geringe Rolle gerade im Gegensatz zu Operationen, die im Interesse des Lebens des Patienten dringend geboten sind und deren Gelingen vor allem auch von der psychischen Konstitution des Patienten abhängt.

Daraus folgt aber auch, daß ein gewissenhafter Arzt bei einem kosmetischen Eingriff verpflichtet ist, den Patienten darauf hinzuweisen, wenn ein Erfolg nicht sicher verbürgt werden kann. Die Bedenken, die gegen einen solchen Hinweis z.B. bei Krebskranken sprechen, bestehen hier nicht, da der Heilerfolg bei kosmetischen Operationen eben nicht primär, sondern nur sekundär erstrebt wird.

Eine kosmetische Operation ist nicht nur dann mißlungen, wenn es zu unerwünschten Nebenfolgen gekommen ist, sondern schon dann, wenn das mit ihr erstrebte Ziel einer Wiederherstellung der äußeren Erscheinung nicht erreicht ist¹. Gerade

1) Bockelmann, Sorgfaltspflichten bei plastischen Operationen, S. 54.

bei Schönheitskorrekturen ist die Frage des Patienten oft geradezu auf die Übernahme einer Garantie für das Gelingen des Eingriffs gerichtet, auch wenn die Übernahme des Eingriffs selbstverständlich in der Regel keine solche Garantie zum Inhalt haben kann¹.

Jedoch wird häufig der Entschluß zu dieser Operation von der Erfolgsaussicht abhängig gemacht; ein Arzt hat deshalb über die Chancen des Erfolges genaue Auskunft zu geben².

b) Aufklärung über Gefahren:

Darüberhinaus hat auch bei dieser Operation eine Aufklärung über Gefahren und schädliche Folgen zu erfolgen, die mit ihr verbunden sind. Auch hier spielt der Unterschied zwischen einer kosmetischen und sonstigen Operation eine Rolle. Denn bei einem nicht dringlichen Eingriff ist das Für und Wider sorgfältiger abzuwägen als bei einem Zustand, der das Leben des Patienten augenblicklich und unmittelbar bedroht; dies gilt umsomehr, wenn es sich um einen kosmetischen Eingriff handelt³.

aa) Auf die ganz allgemeinen Gefahren, die bei jeder Operation bestehen, ist aus den oben genannten Gründen nicht hinzuweisen; denn das solche Gefahren bestehen, weiß schlechthin jeder⁴. Eine Aufklärung wird auch dann

1) Friedrichs VersR 1954, 380 (382).

2) OLG Naumburg, JW 1932, 3369 (3370); Urteil des RG vom 11.12.1934, RG Brief 5, mitgeteilt bei Friedrichs, VersR 1954, 380 (382).

3) OLG Düsseldorf NJW 1963, 1679.

4) Vgl. oben S. 34.

nicht erfolgen müssen, wenn eine Schädigung oder Verschlechterung außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegt¹.

- bb) Engisch berichtet von dem Fall, daß eine junge, übergroße Dame sich die Beine operativ kürzen ließ; hierbei traten sehr mißliche Komplikationen mit monatelangem Krankenlager auf². Auf solche im Bereich des Möglichen liegende Verwicklungen muß natürlich besonders nachdrücklich hingewiesen werden, wenn es sich um eine bloße Schönheitsoperation handelt².

Aber auch auf sehr entfernt liegende Möglichkeiten muß der Arzt hinweisen, wenn diese besonders schwer sind. Dies ergibt sich wieder aus der Stufentheorie. Es ist beispielsweise nicht selbstverständlich, daß ein verständiger Patient bereit ist, wegen einer unbedeutenden kosmetischen Operation die Gefahr eines tödlichen Ausgangs in Kauf zu nehmen, auch wenn dieser nur einem unter 500 oder gar 1000 Patienten droht³. Hier gilt eben erst recht das zur allgemeinen Aufklärungslast des Arztes Gesagte: Je schwerer die Gefahr ist, die dem Patienten droht, und sei es auch nur in ganz seltenen Fällen, desto schwerer wiegt die Aufklärungslast des Arztes⁴. Eine derartige Erhöhung der Anforderungen an die Aufklärung stößt in solchen Fällen auch kaum auf

1) Friedrichs, VersR 1954, 380 (383).

2) Engisch, Heileingriff und ärztliche Aufklärungspflicht, S. 35.

3) BGH NJW 1972, 335 (337).

4) Darauf hat auch schon Kallfelz in JW 1937, 927 f. hingewiesen.

Widerspruch¹.

Hier muß der Patient aber unter allen Umständen, d.h. auch bei geringster Komplikationsdichte, auf mögliche Nebenfolgen hingewiesen werden, da der Patient vor der wirklichen Alternative steht, sich entweder mit seinem Leiden abzufinden oder aber den ärztlichen Eingriff vornehmen zu lassen².

Daß der Chirurg, wenn sein Patient trotz Risiken auf der Vornahme des plastischen Eingriffs beharrt, nicht gehindert ist, seinem Wunsch zu entsprechen, versteht sich natürlich³. Nur wiegt eben seine Aufklärungslast wesentlich schwerer.

Selbstverständlich muß er aber andererseits den Eingriff unterlassen - auch wenn der Patient darauf beharrt - wenn der Kranke die Operation nicht überleben kann,⁴ oder möglicherweise nicht überlebt.

- c) Erhöhtes Operationsrisiko stellt sich erst während der Operation heraus:

Große Bedeutung hat hier vor allem auch das oben erläuterte Urteil des Bundesgerichtshofs⁵. Denn

-
- 1) Steindorff JZ 1960, 139 (140).
 - 2) Bockelmann, NJW 1961, 945 (948).
 - 3) Bockelmann, Sorgfaltspflichten bei plastischen Operationen, S. 52/53
 - 4) Dies ist jedoch kein Problem der Aufklärungslast; vielmehr liegt hierin ein Kunstfehler des Arztes, wenn er eine Operation vornimmt, obwohl er weiß, daß der Patient die Operation nicht überleben kann; vgl. unten B) S. 97 f.
 - 5) BGH NJW 1977, 338; vgl. oben S. 50 f.

plastische Operationen werden sehr häufig in örtlicher Betäubung vorgenommen und sind eben nicht dringlich. Tritt nun während der Operation ein erhöhtes Operationsrisiko auf (bzw. der Erfolg der Operation ist nun nicht mehr sicher) und wurde hierüber nicht aufgeklärt, so stellt sich die Frage, ob ein Abbruch der Operation zu erfolgen hat, soweit dies ohne Gefährdung des Patienten möglich ist.

Zwar ist eine Verallgemeinerung dieses Urteils auf weite Bereiche der Chirurgie nicht möglich¹. Gerade aber im Bereich der plastischen Chirurgie, wo der Patient vor eine echte Alternative gestellt ist, wird man eher fordern können, daß ein kosmetischer Eingriff nur durch- und weitergeführt wird, wenn der Patient das Für und Wider genau hat abwägen können². Tritt ein erhöhtes Operationsrisiko auf, so wird im Regelfall ein Abbruch der Operation gerechtfertigt sein. Eine simplifizierende Verallgemeinerung dieses Urteils ist jedoch auch hier nicht am Platze. Denn in jener Entscheidung³ ging es anfangs nicht nur um die Beseitigung eines lästigen Leidens, sondern darum, die Gefahr einer Schwerhörigkeit auf beiden Ohren zu beseitigen; erst während der Operation stellte sich heraus, daß lediglich die Beseitigung eines lästigen Leidens angestrebt werden sollte. Im Gegensatz dazu geht es bei kosmetischen Operationen von Anfang an - sieht man von den wiederherstellenden Operationen ab - um die Beseitigung eines lästigen Leidens.

Wenn folglich zwar der Abbruch der Operation gerechtfertigt ist, so heißt dies noch nicht, daß

1) Anmerkung der Schriftleitung der NJW 1978, 1684.

2) OLG Düsseldorf NJW 1963, 1679.

3) oben, S. 50 ff.

der Arzt hierzu auch verpflichtet ist. Nicht in jedem Falle wird man dies annehmen dürfen. Vielmehr wird es auch hier auf den Einzelfall ankommen. Tritt lediglich ein geringfügiges Operationsrisiko neu hinzu, so würde es eine Überspannung der Aufklärungslast bedeuten, würde man den Arzt in einem solchen Falle zum Abbruch verpflichtet halten. Schließlich weiß heutzutage jeder Mensch, daß es auch bei den geringsten Eingriffen zu unvorhergesehenen Komplikationen kommen kann. Der Eingehung dieses Risikos ist man sich vor der Operation voll bewußt.

Nur bei erheblichen unvorhergesehenen Gefahren - wie etwa der Gefahr eines tödlichen Ausgangs - wird man den Arzt zum Abbruch verpflichtet halten dürfen.

d) Wahl bei mehreren Behandlungsarten

Erst recht wird man eine Aufklärung verlangen müssen, wenn der Arzt den Eingriff auf eine Art durchführt, die in der Schulmedizin nicht unbestritten ist, es vielmehr eine andere Operationsmethode gibt, bei der der Erfolg vielleicht nicht so sicher ist, die aber weniger risikoreich ist.

Zusammenfassung:

Die Achtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten fordert uneingeschränkte Aufklärung. Gerade im Gegensatz zu den anderen Operationen besteht hier nicht das Spannungsverhältnis zwischen dem Arzt, der auf der einen Seite um das Wohl des Patienten und dessen Heilung bemüht sein muß, und dem Patienten, in dessen körperliche Integrität durch die Operation eingegriffen wird. In diesem Falle ist eine Aufklärung eben nicht schädlich;

der Patient wird durch diese nicht möglicherweise von einer dringlich erforderlichen Operation abgehalten, sondern hat eine echte Alternative. Hier hat der Satz von Bockelmann "voluntas non salus aegroti suprema lex" uneingeschränkte Gültigkeit¹.

e) Aufklärungsverzicht:

Zwar ist ein Aufklärungsverzicht bei allgemeinen Operationen sehr weit verbreitet². Es fragt sich, ob dies auch bei kosmetischen Operationen zu bejahen sein wird; ist doch schon im allgemeinen ein Verzicht auf ein Recht nicht zu vermuten.

Es bedarf zunächst erneut eines Hinweises auf die Unterschiede dieser ärztlichen Heileingriffe: plastische Operationen sind vielfach eben nicht so dringlich indiziert wie andere. Ein verständiger Patient wird also in eine kosmetische Operation nicht so bereitwillig einwilligen, wenn mit ihr schädliche Folgen verbunden sind, dies erst recht, wenn der Erfolg zweifelhaft ist.

Hat die vorgesehene Behandlung ganz einschneidende Folgen, die ersichtlich außerhalb der Vorstellung des Patienten liegen und für ihn wesentlich sind, so liegt von Seiten des Patienten schon bei normalen Operationen kein Aufklärungsverzicht vor³. Dies muß erst recht dann gelten, wenn es um keine dringliche Operation geht. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten muß voll beachtet werden.

1) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 58 und oben, S. 27.

2) Vgl. oben S. 52 ff (53).

3) Vgl. oben S. 54.

Als Beispiele für ganz einschneidende Folgen seien erwähnt:

- kosmetische Operation mit Gefahr des tödlichen Ausgangs, wenn auch nur in 1 Promille der Fälle
- Gesichtsoption mit Gefahr einer Schädigung des nervus facialis etc.
- Operationen mit Gefahr einer Querschnittslähmung.

Aber weil es sich bei diesen eben nicht um ärztliche Eingriffe handelt, die im Interesse des Lebens des Patienten dringend geboten sind, ist ein konkludenter Aufklärungsverzicht des Patienten auch dann nicht anzunehmen, wenn es sich um weniger einschneidende Folgen handelt. So wird ein gewissenhafter Arzt den Patienten, auch wenn dieser nicht nachfragt und dem Arzt allem Anschein nach freie Hand läßt, trotzdem darüber informieren müssen, daß er den Erfolg nicht verbürgen kann, daß Narben zurückbleiben können und daß der Versuch, die Narben nachträglich zu beseitigen, auch scheitern kann.

Ein konkludenter Aufklärungsverzicht wird also in aller Regel bei kosmetischen Operationen nicht anzunehmen sein; vielmehr wird - da an ihm schon bei allgemeinen Operationen strenge Anforderungen zu stellen sind - er in der Regel nur vorliegen, wenn er ausdrücklich und im vollen Bewußtsein erklärt wurde.

Zur Unterstützung dieses Ergebnisses sei noch darauf hingewiesen, daß mißlungene kosmetische Operationen das psychische Leiden, dem sie mittelbar abhelfen sollen, im Zweifel noch verstärken werden.

B) STRAFRECHTLICHE FOLGEN DER VERLETZUNG DER ÄRZTLICHEN
=====

AUFKLÄRUNGSLAST

=====

I) Auswirkungen des ärztlich-kosmetischen Heileingriffs
auf die Tatbestände des StGB

Nach dem herrschenden 3-stufigen Verbrechensaufbau in Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld wird zunächst die strafrechtliche Auswirkung des ärztlich-kosmetischen Heileingriffs auf die Tatbestände des StGB untersucht.

1) Der kosmetische Eingriff, der medizinisch indiziert und lege artis durchgeführt ist, hat Erfolg:

Die tatbestandsmäßige Auswirkung des ärztlichen Heileingriffs, der medizinisch indiziert ist, lege artis durchgeführt wurde, erfolgreich verlief und somit zur Wiederherstellung der Gesundheit führte:

Nach dem Urteil des Reichsgerichts vom 31. Mai 1894 stellt der ärztliche Heileingriff - ohne Rücksicht auf medizinische Indikation, fehlerfreie Durchführung und Erfolg - tatbestandsmäßig eine Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB dar¹. Dies gilt in erhöhtem Maße für kosmetische Operationen, die keinen primären, sondern nur einen sekundären Heilerfolg beinhalten. Der Bundesgerichtshof² ist der Meinung des Reichsgerichts gefolgt, ohne sich nur im geringsten mit der unübersehbaren Literatur auseinanderzusetzen.

1) RGSt 25, 375 ff; ihm folgend: RGSt 38, 64; 61, 256.

2) BGH St 11, 111 ff. (112).

Demgegenüber reichen in der Rechtswissenschaft die Nuancen der Kritik von der Bezeichnung "unschöne Lehre"¹ über verfehlten Denkansatz² bis zu Atavismus³.

a) Die teleologische Tatbestandslehre

Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut des § 223 StGB. Danach liegt eine Körperverletzung dann vor, wenn jemand körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt wird.

Unter Mißhandeln versteht man ein unangemessenes, übles Behandeln, durch das das körperliche Wohlbefinden beeinträchtigt wird⁴. Als Gesundheitsbeschädigung ist jede Herbeiführung oder Steigerung einer Krankheit anzusehen, ohne Rücksicht auf die Dauer des Zustandes⁵. Auch jede Verschlimmerung oder Steigerung einer schon vorhandenen Krankheit ist eine Gesundheitsbeschädigung⁶.

§ 223 StGB stellt demnach nicht etwa die Körperverletzung schlechthin, verstanden als Körpersubstanzverletzung, als Versehrung der Körperintegrität, unter Strafe; wenigstens der gelungene, kosmetische Eingriff, der die psychische Krankheit lindert oder heilt, läßt sich aber nicht, so sollte man meinen, unter diese Merkmale subsumieren.

1) Engisch, Heidelberger Jahrbücher Bd. IV, S. 70

2) Eb. Schmidt, Verh. 44. DJT Bd. I, 4. Teil S. 17 ff.

3) Geilen, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht S. 78; vgl. a. Deutsch, NJW 1965, 1984 (1985).

4) Schönke - Schroeder, I 223 Rdn. 3; BGHSt 25, 277; Lackner, Anm. 1 zu § 223.

5) RG DR 1939; 365; Schönke-Schroeder § 223 Rdn. 5.

6) BGH NJW 1960, 2253.

Der Tatbestand hat nach heutigem Begriffsverständnis eine durchaus normative Funktion; da er das verbotene Verhalten beschreibt, auf das sich die Strafdrohung bezieht, und die Tatbestandsmäßigkeit somit angibt, daß die Merkmale des betreffenden generellen Verbots verwirklicht sind, handelt es sich um die erste Wertungsstufe im Unrechtsbereich¹. Hierbei ist es befremdend, daß der - kosmetische - Heileingriff des Arztes im Ansatz nichts anders zu bewerten sein soll als der Messerstich des Raufbolds².

Der Tatbestand soll vor allem Klarheit darüber schaffen, welches Rechtsgut die Strafvorschriften vor Verletzung schützen wollen³. Dabei ist die Bewertungsfunktion des Tatbestandes, das verbotene Verhalten zu beschreiben, dessen Verwirklichung in der Regel die gesetzliche Strafe mit den entsprechenden Nebenfolgen nach sich zieht⁴. Dies rechtfertigt es auf keinen Fall, den ärztlichen Heileingriff - und damit auch den kosmetischen Eingriff zur Linderung einer psychischen Krankheit - als Körperverletzung zu qualifizieren. Denn hier kann man eben nicht davon sprechen, daß es sich bei einer Operation um ein verbotenes Verhalten handelt, dessen Verwirklichung in der Regel die gesetzliche Strafe mit den entsprechenden Nebenfolgen nach sich zieht.

Zwar wird ein Arzt, falls er mit rechtswirksamer Einwilligung operiert, von dem Vorwurf der Körperverletzung freigesprochen. Der Arzt hat jedoch ein berechtigtes Interesse daran, den sozialen Wert seiner Handlung - durch Verneinung der Tatbestandsmä-

1) Hirsch, LK Rdn. 6 vor § 51.

2) Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 62.

3) Heimann-Trosien, LK Einl. Rdn 45; Blei, Strafrecht I S. 102.

4) Heimann-Trosien, LK Einl. 35.

Bigkeit - bescheinigt zu erhalten; dies liegt ebenso im Interesse des Patienten, der nur von einem solchen Arzt gewissenhaftes Handeln erhoffen darf, dessen Verantwortungsbereitschaft durch das Strafrecht nicht gelähmt, sondern gefördert wird¹. Darüberhinaus muß die Einwilligung des Patienten rechtswirksam sein. Deshalb hängt die Rechtfertigung des Arztes in erster Linie davon ab, daß ihm bei ihrer Einholung kein Mißgriff unterläuft, d.h. vor allem: daß er richtig aufklärt; diese Situation bedeutet für den Arzt ein schlechthin unerträgliches Risiko².

Die teleologische Tatbestandslehre³ folgt nicht einer formalen Betrachtungsweise - also der Beschreibung des äußeren Bildes einer beliebigen Handlung -, sondern der Beschreibung der Typusmerkmale einer bestimmten Verbrechensart⁴. Das Recht ist eine objektive Lebensordnung; es bestimmt, daß gewisse Verhaltensweisen des Menschen rechtmäßig sind und manche rechtswidrig⁵. Hierbei erfüllt der Tatbestand eine durchaus normative Funktion, denn er beschreibt das verbotene Verhalten, auf das sich die Strafdrohung bezieht; die Tatbestandsmäßigkeit gibt somit an, daß die Merkmale des betreffenden generellen Verbots verwirklicht sind⁶.

Kosmetische Operation und Körperverletzung haben nur ein einziges Merkmal gemeinsam; das ist die Durch-

1) Maurach, Strafrecht BT S. 77.

2) Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 62.

3) Mezger, Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953, 2.

4) Jescheck, S. 184; unter Verbrechen ist hier nicht der Begriff des StGB zu verstehen, sondern im kriminologischen Sinne als der willensgetragene, von einem Menschen begangene Verstoß gegen grundlegenden Normen der Rechtsgemeinschaft, vgl. Baumann, Strafrecht AT S. 80.

5) Blei, Strafrecht I S. 90.

6) Hirsch LK Rzi 6 vor § 51.

trennung von Körpergeweben; aber alles andere ist grundverschieden¹. Dieser äußere Vorgang ergibt nur den objektiven, für sich allein nichts aussagenden Tatbestandsteil; an der Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung fehlt es aber². Wenn man die kosmetische Heilbehandlung als tatbestandsmäßig bezeichnet, so ist damit immerhin behauptet, daß sie einen Eingriff in dasjenige Recht darstellt, daß die Strafbestimmungen über die Körperverletzung schützen wollen³.

Die indizierte und kunstgerechte Behandlung verletzt nicht das Recht des Patienten auf körperliche Unversehrtheit, auch wenn der Arzt eigenmächtig handelt; sie dient ja gerade dazu, seine körperliche Integrität zu erhalten oder wiederherzustellen⁴. Man denke hier insbesondere an die oben geschilderten Erfolge im Bereiche der wiederherstellenden Chirurgie.⁵

b) Nullum crimen sine lege

Das rechtspolitische Motiv der Wertung des allgemein-ärztlichen Eingriffs als Körperverletzung ist der Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, die Bewahrung des Patienten vor eigenmächtigem Handeln des Arztes; eine eigens gegen solche Eigenmächtigkeiten gerichtete Strafdrohung fehlt im deutschen Recht⁶. Andernfalls verstößt man gegen den fundamentalen Rechtsgrundsatz: Keine Strafe ohne Gesetz, Art. 103 II GG.

1) Bauer, S. 47.

2) Maurach, BT S. 79. (vgl. auch: M. Schroeder, 6. Aufl., 1977, S. 80ff)

3) Grünwald, Arzt und Recht S. 135.

4) Grünwald, ZStW 73,9.

5) S. 60 f.

6) Bockelmann, Aufklärungslast des Arztes S. 806.

Dieses rechtspolitische Motiv besteht nicht bei kosmetischen Operationen. Zum einen ist es nur schwer vorstellbar, daß ein Facelifting gegen den erklärten Willen des Patienten vorgenommen wird. Zum anderen besteht hier ein ausreichender Schutz durch die Strafvorschriften. Denn ein gegen den erklärten Willen des Patienten vorgenommener kosmetischer Eingriff erfüllt nicht nur die Tatbestände der Freiheitsdelikte gem. §§ 239, 240 StGB.¹

Hier dürfte wohl im Regelfalle auch der Tatbestand der Körperverletzung zu bejahen sein. Zwar ist die fehlende Einwilligung kein Tatbestandsmerkmal des § 223 StGB. Aber in einem solchen Falle wird es an der medizinischen Indikation des Eingriffs fehlen. Denn der Arzt behandelt hier nicht zu dem Zweck, einen sekundären Heilungserfolg zu erzielen. Vielmehr geht es dem Arzt nur um Beseitigung eines häßlichen Aussehens; ob der Patient auch tatsächlich unter seinem Äußeren psychisch leidet, weiß der Arzt nicht.²

-
- 1) Grünwald, ZStW 73,9. Vgl. dazu noch unten S. 101 a.A. Baumann, NJW 1978, 209: "es handle sich nicht um eine Frage der Freiheit oder Freiheitsverletzung, sondern um Fragen der rechtmäßigen oder unrechtmäßigen Körperverletzung."
 - 2) Bei allgemeinen Operationen spricht noch folgendes gegen die Meinung der Rechtssprechung: Wäre die Operation tatbestandsmäßig Körperverletzung, so dürfte deren Gegenteil, nämlich ihr Unterlassen, niemals Körperverletzung sein, auch dann nicht, wenn die Operation dringend angezeigt ist, (Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 67). Gerade das Gegenteil ist aber der Fall: So kann ein Arzt

c) Ansatzpunkt Gesamt- oder Einzelakt?

Die Ansicht der Rechtssprechung beruht darauf, daß sie bei Heranziehung des Gesichtspunktes der Körperverletzung den Heileingriff - und damit auch die kosmetischen Operationen - nicht in seiner ganzen Sinnbedeutung erfaßt, vielmehr aus dem gesamten, der operativen Behandlung dienenden ärztlichen Verhalten die z.B. in der Narkotisierung und Durchtrennung der Haut bestehende Einwirkung auf die körperliche Substanz herauslöst und isoliert betrachtet, ohne dabei Grund und Ziel der Maßnahme ins Auge zu fassen¹.

Stellt man auf die einzelnen Teilakte ab - Abtrennen der Haut beim sogenannten Facelifting etc. - so liegt sehr wohl tatbestandsmäßig Körperverletzung vor; der Hautschnitt als solcher läßt sich sowohl als Mißhandlung wie auch Gesundheitsschädigung betrachten². Es kann nicht geleugnet werden, daß mit den ärztlichen Eingriffen Verletzungen, Schmerzen, Gefahren, Mißerfolge und schädliche Nebenwirkungen verknüpft sind oder sein können³. Da in diesem Augenblick der körperliche Zustand des Patienten vor der Operation erheblich beeinträchtigt ist, so kann insofern von einer Gesundheitsbeschädigung i.S.d. § 223, 223a StGB gesprochen werden⁴.

durch pflichtwidrige Untätigkeit, die bei einem Kranken zu einem Aufrechterhalten erheblicher Schmerzen führt, eine Körperverletzung durch Unterlassen begehen. (OLG Hamm, NJW 1975, 604; vgl. a. BGH NJW 1960, 2253; 1961, 2068.) Hier liegt ein Sinnwiderspruch, wenn man auch dann tatbestandsmäßig Körperverletzung annimmt, wenn der Arzt handelt.

- 1) Eb. Schmidt, Strafrecht des Arztes S. 34.
- 2) Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 51.
- 3) Engisch, ZStW 58,5.
- 4) Eb. Schmidt, Strafrecht des Arztes S. 34.

Dagegen bestehen jedoch Bedenken, weil die objektive Zweckrichtung ärztlichen Handelns den Körperverletzungstatbeständen zuwiderläuft¹. Denn die ärztliche Operation darf nicht als ein künstlich von außen gegen den Organismus durchgeführter Eingriff aufgefaßt werden². Vielmehr liegt eine Körperverletzung nur vor, wenn das Interesse an körperlicher Unversehrtheit verletzt wird. Eine Behandlung, die überwiegend die Interessen des Körpers wahrt, kann im Endergebnis wegen der medizinisch notwendigen Wundsetzung nicht Körperinteressenverletzung sein, auch wenn einzelne untergeordnete Interessen in Mitleidenschaft gezogen werden³. Vielmehr sind der rechtlichen Beurteilung des kosmetischen Heileingriffs nicht die einzelnen Teilakte zugrunde zu legen, aus denen er besteht, sondern der Gesamttakt einschließlich des am Ende sich ergebenden Resultats⁴. Was nur eine Durchgangsstation ist (Betäubung, Einschnitt), kann nicht als das Wesentliche isoliert betrachtet werden; da die Bedeutung des kosmetischen Heileingriffs als Handlung durch die objektive sekundäre Heiltendenz bestimmt wird, ist es ein Sinnwiderspruch, im kosmetischen Heileingriff eine Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung zu sehen⁵. Nicht auf die vorübergehende Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens kommt es an, sondern darauf, ob im Ergebnis das psychische Wohl erhöht werden sollte⁶.

1) Laufs, VersR 1972, 1 (2).

2) Laufs, NJW 1974, 2025 (2026).

3) Engisch, ZStW 58,5; Laufs VersR 1972, 1 (2).

4) Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 66.

5) Eb. Schmidt, Strafrecht des Arztes S. 35.

6) Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 66.

Geht es nicht darum, den ärztlichen Heileingriff als Körperverletzung zu qualifizieren, sondern darum, ob er qualifizierte Körperverletzung gem. § 223 a StGB ist, weil der Arzt bei einer Operation Hilfsmittel benutzt, so erkennt auch der Bundesgerichtshof an, daß es nicht auf den Einzelakt, sondern auf den Gesamttatbestand ankommt. So führt der Bundesgerichtshof in einer nicht veröffentlichten Entscheidung aus¹: Das Messer sei in § 223a StGB lediglich als Beispiel für den Begriff "Waffe" genannt, unter einer Waffe aber sei nur ein solcher Gegenstand zu verstehen, den der Täter bei einem Angriff oder Kampf zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken benutzt; der ärztliche Eingriff aber sei weder Angriff noch Kampf, das Skalpell des Chirurgen demnach kein gefährliches Werkzeug². Diese Meinung läßt sich jedoch nur halten, wenn man auf den Gesamttat und auf die objektive Heilungstendenz abstellt, die diesem Eingriff innewohnt. Dagegen ist nicht einzusehen, warum die Operation kein Angriff sein soll; Angriff ist jedes aktive menschliche Verhalten, das fremde Rechtsgüter verletzt oder unmittelbar zu verletzen droht³. Die Rechtssprechung ist sicher vor der absurden Konsequenz zurückgeschreckt, daß der ärztliche Heileingriff gefährliche Körperverletzung sei. Aber die Absurdität hat ihre Ursache darin, daß man den Heileingriff überhaupt als Körperverletzung wertet⁴.

1) Urteil vom 24.5.1960, 5 StR 521/29, mitgeteilt bei Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 52.

2) Ebenso: Die zahnärztliche Zange keine Waffe, da nicht zu Angriffszwecken benutzt, vgl. BGH NJW 1978, 1206.

3) Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 52.

4) Ebd.

Was für den Heileingriff im Allgemeinen gilt, kann für den kosmetischen Heileingriff nicht anders sein; auch hier ist nicht auf den Einzelakt, sondern auf den Gesamtakt abzustellen - nämlich darauf, daß die kosmetische Operation zu einem psychischen Heilerfolg führt. Niemand würde auf den Gedanken kommen, einem Arzt wegen einer Operation eine gefährliche Körperverletzung vorzuwerfen, weil der Assistenzarzt und die OP-Schwester dem Operateur geholfen haben. Aber wenn man die Tatbestandsmäßigkeit bejaht, so ist die Erfüllung des § 223a StGB nicht zweifelhaft. Denn eine - kosmetische - Operation wird nicht nur von einem, sondern von mehreren - also gemeinschaftlich i.S.d. § 223a StGB - ausgeführt.

Diese Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Operation als lebensgefährdende Behandlung gem. § 223a StGB, als schwere Körperverletzung gem. § 224 StGB. Es genügt jedoch, um aufzuzeigen, daß die Meinung des Bundesgerichtshof - der Einzelakt sei entscheidend und somit liege tatbestandsmäßig Körperverletzung vor - konsequent zu Ende gedacht, zu unsinnigen Ergebnissen führt.

Für die Gesamtbehandlung ist aber die objektive Zweckrichtung des Handelns dem tatbestandsmäßigen Verhalten diametral entgegengesetzt¹.

d) Dogmatische Einordnung des Problems:

Es stellt sich jedoch die Frage, ob bei der strafrechtlichen Handlungsdogmatik die Zweckrichtung des Handelns überhaupt Beachtung finden kann. Je nachdem, ob man diese Frage verneint oder bejaht, läßt sich die Qualifizierung des ärztlich-

1) Deutsch, NJW 1965, 1984 (1985)

kosmetischen Heileingriffs dogmatisch als Körperverletzung rechtfertigen oder nicht. Eine Antwort auf die Frage läßt sich insbesondere aus den strafrechtlichen Handlungslehren entnehmen.

aa) Einigkeit besteht in der Lehre nur, daß die strafrechtliche Handlung ein generell vom Willen beherrschbares menschliches Verhalten ist¹. Im übrigen bestehen sehr unterschiedliche Ansichten:

- (1) Die kausale Handlungslehre erblickt in der Handlung einen Kausalvorgang, für den es allein auf die durch einen Willkürakt verursachte Körperbewegung mit ihren Folgen in der Außenwelt ankommt². Handlung ist danach gewollte Körperbewegung bzw. die gewollte Regungslosigkeit³.

Wesentlich für die kausalen Handlungslehren ist, daß sie sich mit der Willkürlichkeit eines bestimmten Verhaltens begnügen, wobei der Wille nur in seiner verursachenden, die Handlung auslösenden Eigenschaft gesehen wird, nicht aber in seiner, das Handlungsgeschehen auf ein bestimmtes Ziel hinsteuernden Funktion⁴. Geht man also von dieser Lehre aus, so muß bei der Frage, ob der kosmetische Heileingriff tatbestandsmäßig Körperverletzung ist, die objektive Zweckrichtung - die Heilungstendenz - unbeachtlich bleiben. Für die Vertreter der kausalen

1) Vgl. statt vieler: Heimann-Trosien, LK Einl Rdnr.33.

2) Wessels S. 9.

3) Beling S. 9.

4) Lenckner-Schönke-Schroeder Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 28.

Handlungslehre ist die Tatbestandsmäßigkeit des kosmetischen Heileingriffs als Körperverletzung dogmatisch also nur konsequent - mit den allerdings oben aufgeführten unsinnigen Ergebnissen.

- (2) Nach der finalen Handlungslehre ist menschliches Handeln Ausübung der Zwecktätigkeit; Handlung ist darum "finales", nicht lediglich "kausales" Geschehen¹. Die Finalität oder Zweckhaftigkeit der Handlung beruht darauf, daß der Mensch aufgrund seines Kausalwissens die möglichen Folgen seines Tätigwerdens in bestimmtem Umfang voraussehen, sich darum verschiedenartige Ziele setzen und sein Tätigwerden auf diese Zielerreichung hin planvoll lenken kann¹. Finalität des Verhaltens bedeutet hiernach etwas ganz anderes als "Willkürlichkeit" im Sinne der kausalen Betrachtungsweise; gewillkürt ist ein Verhalten schon dann, wenn es sich auf einen beliebigen Willensakt zurückführen läßt².

Geht man also von der finalen Handlungslehre aus, so muß beim kosmetischen Heileingriff die objektive Zweckrichtung der Heilungstendenz beachtet werden mit der Folge, daß auch dogmatisch die Qualifizierung des ärztlich-kosmetischen Heileingriffs als Körperverletzung nicht zu rechtfertigen ist.

1) Welzel, S. 33.

2) Wessels S. 9/10.

- (3) Nach den sozialen Handlungslehren ist das allen Verhaltensformen gemeinsame Kriterium die soziale Relevanz menschlichen Tuns oder Unterlassens. Die sozialen Handlungslehren erfassen das Handeln als sinnhaft gestaltenden Faktor der sozialen Wirklichkeit und stellen einen Kompromiß zwischen der kausalen und finalen Betrachtungsweise dar¹.

Deswegen ist auch hier die subjektive Zwecksetzung bzw. die personale Struktur des Handelns zu berücksichtigen mit der Folge, daß die sekundäre Heilungstendenz des ärztlich kosmetischen Eingriffs auch nach dieser Lehre die Tatbestandsmäßigkeit der Körperverletzung ausschließt.

- bb) Es soll hier nun versucht werden, ob nicht doch nach allen drei Handlungslehren ein dogmatisch vernünftiges und konsequentes Ergebnis gefunden werden kann.

Gegen die kausale Handlungslehre wird u.a. eingewandt, daß sich mit der Umdeutung aller willensgetragener Verhaltensweisen in Kausalvorgänge das Wesen der echten Willenshandlungen nicht erfassen lasse, weil die Handlung damit zur blinden Willensverursachung denaturiert werde². An ihrem Unvermögen, diesen personalen und sozialen Bedeutungsgehalt menschlicher Betätigung sachgerecht zu erfassen, müssen die von einer rein kausalen Betrachtung ausgehenden Handlungslehren scheitern³.

1) Lenckner-Schönke-Schroeder Vorbem. §§ 13 ff Rdnr. 35.

2) Ebenda. Rdnr. 29.

3) Wessels, S. 11.

Gegen die finale Handlungslehre wird eingewandt, daß unabhängig von der Welt der sozialen Werte und der rechtlichen Normen sich von keiner Verhaltensweise aussagen läßt, ob sie final ist oder nicht; denn welche Sinnelemente in diesen Begriff eingehen müssen, ist rechtsapriorisch nicht bestimmbar¹.

Bei der sozialen Handlungslehre steht die Frage im Vordergrund, ob in der "Sozialerheblichkeit" nicht ein Vorgriff auf die Rechtswidrigkeit zu finden ist².

Ob der finalen Handlungslehre gegenüber der Vorzug zu geben ist oder nicht, braucht hier letztlich nicht entschieden zu werden. Denn bei beiden kommt man zu dem gleichen Ergebnis, nämlich daß die Tatbestandsmäßigkeit des kosmetischen Heileingriffs als Körperverletzung zu verneinen ist.

Diese beiden Lehren stehen im Ergebnis nur in Widerspruch zu der kausalen Handlungslehre, so daß nur das Verhältnis der beiden zu dieser untersucht werden muß.

Alle Handlungslehren sind letztlich aus der gleichen Ursache heraus problematisch: Die Elemente, aus denen sich eine strafrechtlich relevante Handlung zusammensetzen kann, sind so verschiedenartig, daß sie kaum auf einen Nenner zurückgeführt werden können³. Deswegen habe man sich mit dem abstrakten Handlungsbegriff der kausalen Handlungslehre ab-

1) Roxin, Zur Kritik an der finalen Handlungslehre ZStW 74, 515 (548).

2) Heimann-Trosien LK Einl 37.

3) Heimann-Trosien LK Einl 34.

zufinden, da eben eine weitere Konkretisierung nicht möglich sei¹.

Ohne nun in die Tiefe der Problematik der Handlungslehren einzusteigen, da dies den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, ist damit aber auch gleichzeitig gesagt, daß, wenn es sachgerechte Kriterien für das finale, zweckgerichtete Handeln gibt, dies auch berücksichtigt werden muß mit der gleichzeitigen Folge, daß im Fall des kosmetischen Heileingriffs keine Handlung im strafrechtlichen Sinne vorliegt. Da die finale Handlungslehre nur deswegen abgelehnt wird, weil es keine sachlichen Kriterien dafür gibt, ob eine Verhaltensweise final ist oder nicht, muß im umgekehrten Fall die Finalität berücksichtigt werden, wenn eben ausnahmsweise eine Konkretisierung der Finalität möglich ist.

Als Lösung bietet sich also an, ausgehend von der kausalen Handlungslehre, als Handlung nur ein gewillkürtes menschliches Verhalten zu bezeichnen, in bestimmten Fallgruppen aber, wo es sachliche Kriterien gibt, ausnahmsweise auf die Finalität des Handelns abzustellen.

Eine derartige Fallgruppe ist gerade die gesamte Problematik des ärztlichen Heileingriffs - und damit auch des kosmetischen Eingriffs. Die objektive Zweckrichtung des ärztlichen Handelns ist gerade nicht auf eine Verletzung des Rechtsguts Körper gerichtet, sondern wahrt überwiegend die Interessen des Körpers, wie dies oben ausgeführt wurde.

1) Heimann-Trosien, LK Einl 35.

Somit läßt sich auch von der hier vertretenen kausalen Handlungslehre die Qualifizierung des kosmetischen Heileingriffs als Körperverletzung dogmatisch nicht rechtfertigen.

- 2) Der ärztlich-kosmetische Heileingriff, der medizinisch-indiziert und lege artis durchgeführt ist, der aber mißglückt:

Im Unterschied zu 1) besteht hier die Besonderheit, daß - obwohl dem Arzt selbst bzw. seinem Hilfspersonal kein Fehler unterlaufen ist - der erstrebte Erfolg nicht eintritt. Dies kann namentlich in folgenden Fällen eintreten:

- Die Operation als solche war, wie sich herausstellte, ungeeignet, den Heilungserfolg herbeizuführen; Beispiel: Die Minderwertigkeitskomplexe, die aufgrund einer schiefen Nase bestanden, konnten nicht beseitigt werden.
- Die Operation führte zu einer Verschönerung des Aussehens, gleichzeitig traten jedoch schädliche Nebenwirkungen auf. Beispiel: Zwar konnte die Brust verkleinert werden, es blieben jedoch häßliche Narben zurück.

Alle Operationen haben gemeinsam, daß sie letztlich nicht zu einer Linderung des psychischen Leidens führten, sondern es eher noch verschlimmerten. Aber sie haben auch gemeinsam, daß sie alle auf das gleiche Ziel gerichtet waren, einen psychischen Heilungserfolg herbeizuführen; insoweit gleichen sich diese Fälle auch mit dem Heileingriff unter 1). Es stellt sich die Frage, ob diese Fälle mit dem erfolgreichen ärztlich-kosmetischen Heileingriff gleichbehandelt werden können, mit der Folge, daß auch diese tatbestandsmäßig nicht Körperverletzung

im Sinne des § 223 StGB sind.

Vereinzelt wird hier in der Literatur tatbestandsmäßige Körperverletzung angenommen¹.

- a) Selbst wenn man zur Beurteilung dieser Frage nicht nur - wie die Rechtsprechung - auf die einzelnen Teilakte abstellt, sondern eine Gesamtbeurteilung vornimmt, so hat sich das psychische Wohlbefinden im Endergebnis verschlechtert. Betrachtet man also diese Fälle "ex post", so war der ärztlich-kosmetische Heileingriff nicht nützlich, sondern schädlich².

Dem Tatbestand der Körperverletzung, eines sogenannten Verursachungsdelikts, unterfällt jedoch die (negative) Nichtabwendung eines psychischen Leidens nur dann, wenn sich feststellen läßt, daß der Arzt bei seinem Verhalten alle nach der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung gebotenen Maßnahmen nicht ergriffen hat; dabei ist - wie bereits oben³ - nicht eine Betrachtung ex post, sondern im Hinblick auf das nun einmal Riskante aller operativen Eingriffe ausschließlich eine solche ex ante statthaft⁴: lag vor dem Eingriff ein Erscheinungsbild vor, das nach den Regeln der kosmetischen Chirurgie eine Begradigung der Nase indizierte, so wird diese nicht dadurch zur Körperverletzung, daß eine Besserung des Leidens nicht herbeigeführt wurde⁵, sei es, weil die plastische Operation als solche mißlang, sei es, weil das psychische Leiden nicht gelindert wurde.

1) Bockelmann, JZ 1962, 528.

2) Grünwald, Arzt und Recht, S. 138.

3) S. 45 f.

4) Eb. Schmidt, Strafrecht des Arztes S. 35.

5) Blei, Strafrecht II, S. 52.

Nicht allein der Ausgang der Operation kann über die Beurteilung des Handelns entscheiden; nicht der Eingriff hat dem Sinn der Strafvorschriften gemäß die schädliche Folge verursacht, sondern es ist dem Arzt nur nicht geglückt, die durch den Eingriff heraufbeschworenen Gefahren abzuwenden¹. Ganz falsch aber wäre der Schluß: weil die Operation mißglückt ist, hat der Arzt seine Erfolgsabwendungspflicht verletzt².

- b) Auch dogmatisch läßt sich dieses Ergebnis rechtfertigen, wenn man mit der kombinierten kausalfinalen Handlungslehre³ verfährt. Da die kosmetische Heilbehandlung - ex ante betrachtet - nicht auf dieses Ziel, den mangelnden Erfolg, gerichtet war, sondern, im ganzen gesehen, zu einer Besserung führen sollte, scheidet tatbestandsmäßig eine Körperverletzung aus⁴.
- c) Hat der Arzt jedoch auf den schädlichen Erfolg bzw. auf das Mißglücken der Operation nicht hingewiesen, und wäre er nach den unter A IV) ausgeführten Grundsätzen verpflichtet gewesen, den Patienten darauf hinzuweisen, so stellt sich hier erneut die Frage, ob in dem Verhalten des Arztes eine Körperverletzung i.S.d. § 223 StGB liegt.

Der Arzt hat hier nicht die Sorgfalt, die ihm gegenüber dem körperlichen Wohl des Patienten oblag, verletzt. Er hat hier vielmehr das Selbstbestimmungsrecht des Patienten mißachtet, als er

1) Blei, Strafrecht II, S. 52.

2) Eb. Schmidt, Strafrecht des Arztes S. 35.

3) Vgl. oben S. 86/87

4) So auch mit anderen Argumenten: Welzel S. 289; Uhlenbruck, Dt. med. Wochenschrift 1968, 273; Grünwald, Arzt und Recht S. 138; Eb. Schmidt, Strafrecht des Arztes S. 35; Blei, Strafrecht des Arztes S. 52.

den Patienten nicht auf die Möglichkeit des Scheiterns hingewiesen hat; das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist jedoch kein Tatbestandsmerkmal des § 223 StGB.

Hat der Arzt aber im Hinblick auf das körperliche und psychische Wohl des Patienten sachgemäß gehandelt, so kann ihm der negative Ausgang nicht deshalb zugerechnet werden, weil er ein anderes Recht des Patienten, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, mißachtet hat¹.

- d) Aber selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß der ärztlich-kosmetische Heileingriff Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB darstellt, so dürfte eine strafrechtliche Verurteilung des Arztes in vielen Fällen an der fehlenden Kausalität zwischen mangelnder Aufklärung und Erfolg scheitern. Man stelle sich folgenden Fall vor, mit dem sich die Rechtsprechung zwar bislang nicht zu befassen hatte, der sich aber - wie eine Rücksprache mit Ärzten ergab - als denkbar erweisen könnte: Ein Arzt entschließt sich bei einer Patientin zu einer kosmetischen Brustoperation. Bei der Untersuchung stellt er außerdem eine kleine Geschwulst fest, und setzt die Patientin davon in Kenntnis; eine Entfernung sei jedoch nicht erforderlich, da es sich um eine gutartige Geschwulst handle. Während der Operation ergab sich jedoch, daß es sich um ein Mammakarzinom handelte, das die Entfernung der ganzen Brust indizierte. Eine Einwilligung kann zu diesem Zeitpunkt nicht mehr eingeholt werden, da die Patientin sich in Narkose befindet.

1) Grünwald, Arzt und Recht, S. 138; vgl. a. Blei, Strafrecht II S. 52.

Der Bundesgerichtshof käme in einem solchen Falle zu einer Bestrafung aus §§ 230, 223 StGB, wenn der Arzt die Brust amputieren würde¹. Das strafrechtlich relevante Handeln des Arztes liegt hier nicht in der tatsächlich erfolgten Amputation der Brust. Vielmehr hätte der Arzt darauf hinweisen müssen, daß sich möglicherweise während der Operation die Notwendigkeit zu diesem Eingriff ergeben könnte², wenn man die Geschwulst näher untersucht hätte.

Zweifellos hat der Arzt dadurch eine Pflichtverletzung begangen. Erforderlich wäre jedoch auch ein Kausalzusammenhang zwischen unterlassener Aufklärung und Entfernung der Brust³. Nach der herrschenden Äquivalenztheorie, die von der Con-

-
- 1) Vgl. BGHSt 11, 111 ff. (Myom-Urteil): hier hatte die Untersuchung einer Patientin zur Feststellung einer doppelfaustgroßen Gebärmuttergeschwulst geführt, zu deren Entfernung der Arzt riet. Während der Operation ergab sich, daß die Geschwulst nicht auf der Oberfläche der Gebärmutter saß, sondern mit ihr fest verwachsen war. Weil sie nicht anders als durch gleichzeitige Ausräumung der Gebärmutter beseitigt werden konnte, entfernte der Arzt den ganzen Gebärmutterkörper. Hier wurde dem Arzt nicht vorgeworfen, daß er die Gebärmutter tatsächlich entfernt hat; dazu war er nach Meinung des BGH sogar verpflichtet. Denn der Arzt konnte vom ärztlichen Standpunkt aus die Operation nicht abbrechen, um das Erwachen der Kranken aus der Betäubung abzuwarten und sie dann nach ihrem Einverständnis mit der Entfernung der Gebärmutter zu fragen; dies wäre vom ärztlichen Standpunkt äußerst gefährlich gewesen. Der Arzt hatte aber deswegen nach Meinung des BGH eine fahrlässige Körperverletzung begangen, da er es vor der Operation versäumte, sich der Zustimmung der Patientin zu der möglicherweise erst während des Eingriffs offenbar werdenden Notwendigkeit der Entfernung der Gebärmutter zu versichern.
- 2) Vgl. hierzu den gleichgelagerten Fall des Myomurteils, BGHSt 11, 111 (115).
- 3) Wiethölter, Arzt und Recht S. 84.

dicio-sine-qua-non-Formel ausgeht, ist Ursache im Sinne des Strafrechts jede Bedingung eines Erfolges, die nicht hinweggedacht werden kann, bzw. beim Unterlassen, jede Bedingung, die nicht hinzugedacht werden kann, ohne daß der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel¹.

Diese Pflichtwidrigkeit des Arztes ist auch zweifellos eine Bedingung im mechanisch-naturwissenschaftlichen Sinn für die Entfernung der Brust. Wie der BGH jedoch in einer anderen Entscheidung ausführt, ist damit aber noch nicht gesagt, daß die in seinem Verhalten stehende Pflichtwidrigkeit für die Herbeiführung des Verletzungstatbestandes im strafrechtlichen Sinne ursächlich ist; vielmehr kommt es darauf an, wie das Geschehen abgelaufen wäre, wenn der Handelnde sich rechtmäßig verhalten hätte². Es ist also hier zu fragen, ob es auch dann zu einer Entfernung der Brust gekommen wäre, wenn der Arzt der Patientin die notwendige Aufklärung erteilt hätte.

Darin liegt keine Berücksichtigung eines hypothetischen Kausalverlaufs. Ein Hinzudenken derartiger hypothetischer Erfolgsursachen wäre im Strafrecht unzulässig, da ein tatsächlicher Geschehensablauf sein Dasein und seine Wirkung nicht dadurch einbüßt, daß ein anderer an seine Stelle hätte treten können, aber nicht getreten ist³.

1) RGSt 1, 373; BGH St 1, 332; 2, 24; 7, 114.

2) BGH St 11, 1 (7)

3) Wessels S. 35; BGHSt 13, 13-15; Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten ZStW 74, 411 (425). a. A. Kaufmann ZStW 73, 341 ff.

Denn hier ist zu beachten, daß der Tatbestand des fahrlässigen Erfolgsdelikts - um das es hier geht - nicht schon dadurch erfüllt ist, daß das Täterverhalten an sich für den Erfolg kausal war; erforderlich ist vielmehr, daß das Täterverhalten gerade in seiner Pflichtwidrigkeit für den Erfolg kausal geworden ist¹. Als ursächlich für einen schädlichen Erfolg darf aber auch nach Meinung des BGH ein pflichtwidriges Verhalten nur dann angenommen werden, wenn sicher ist, daß es bei pflichtgerechtem Verhalten nicht zu dem Erfolg gekommen wäre.² Hierbei muß dem angeklagten Arzt nach dem im Strafprozeß allgemein herrschenden Grundsatz, daß nur ein bewiesenermaßen Schuldiger verurteilt werden darf, das Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale und damit auch die Ursächlichkeit seines schuldhaften Verhaltens für den eingetretenen Erfolg nachgewiesen werden³. Wäre auch dann der gleiche Erfolg eingetreten, wenn der Arzt sich rechtlich einwandfrei verhalten hätte, oder läßt sich das auf Grund von erheblichen Tatsachen nach der Überzeugung des Richters nicht ausschließen, so ist die vom Arzt gesetzte Bedingung für die Würdigung des Erfolges ohne strafrechtliche Bedeutung; in einem solchen Falle darf der ursächliche Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg nicht bejaht werden⁴.

Im Myomurteil hat der BGH darauf aber überhaupt nicht abgestellt. In diesem Falle hätte jedoch

-
- 1) Schönke-Schroeder, 17. Auflage, § 59 a.F. Anm. 159a. a.A. Lenckner in Schönke-Schroeder, 18. Auflage, Vorbem. §§ 13 ff. Anm. 81.
 - 2) BGH St 11, 1.
 - 3) BGH St 11, 1 ff (3).
 - 4) BGH St 11, 1 ff (7).

berücksichtigt werden müssen, daß es zumindestens nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte ausgeschlossen werden können, daß die Patientin auch dann ihre Einwilligung zu der Operation gegeben hätte, wenn der Arzt ihr schon vor der Operation erklärt hätte, daß unter Umständen die ganze Gebärmutter hätte entfernt werden müssen. Immerhin handelte es sich bereits um eine 48jährige Patientin, die keinen Kinderwunsch mehr hatte. So würde die Rechtssprechung auch in dem oben¹ geschilderten Fall zu einer Verurteilung des Arztes kommen, obwohl es an der erforderlichen Kausalität fehlt. Sicherlich stellt es für die Patientin, die sich einer kosmetischen Brustoperation unterzog, einen schweren Schock dar, wenn sie nach der Operation von der völligen Brustoperation erfährt. Aber wenn man von einer verständigen Patientin ausgeht - und dies allein wird vom Arzt gefordert - dann ist es zumindestens nicht ausgeschlossen, daß sie in die Brustamputation eingewilligt hätte, um einer schweren Schädigung ihrer Gesundheit und ihres Körpers zu entgehen. Folglich muß wegen des Grundsatzes "in dubio pro reo" ein Freispruch des Arztes erfolgen.²

1) S. 90.

2) Gerade dies führte auch zu einer Verneinung fahrlässigen Verhaltens in einer anderen Entscheidung, obwohl der Arzt hier ohne ausdrücklichen Hinweis bei einem 68-jährigen Patienten wegen schwerer offener Tbc beide Hoden entfernte (BGH-Urteil vom 28.6.1963 - 4 StR 202/63, mitgeteilt bei Bösch, Dt. Ärzteblatt 1964, 222). Hierbei führte der BGH aus: "Umfassende Aufklärung muß nicht notwendig zur Versagung der Einwilligung führen; dies um so weniger, als bei dem Alter und voroperativen Zustand alles für und so gut wie nichts gegen einen Eingriff, wenn nötig auch dieses Umfangs sprach, zumal angesichts der beim Unterlassen der Operation zu erwartenden Gefahr für das Leben des Kranken. Nur wenn dem Arzt Gründe hatten bekannt sein

Für die Nichtaufklärung kann der Arzt also nur verantwortlich sein, wenn bei genügender Aufklärung der Patient sich anders entschieden hätte¹. Bei der Myom-Entscheidung hätte die Möglichkeit, daß die Gebärmutter hätte entfernt werden müssen, in der Situation, in der sich die Kranke befand, keine verständige Patientin zur Ablehnung der Operation bewogen; daß die Patientin in jedem Falle nach der Operation dem Arzt schwere Vorwürfe machte, besagt dagegen nichts; hätte der BGH allein darauf abgestellt, ob es sich um einen Umstand handelt, der für einen verständigen Patienten Gewicht haben kann, so hätte er schon aus diesem Grunde gegen den Arzt den Vorwurf der Verletzung der Aufklärungslast nicht erheben können².

3) Kunstfehler des Arztes

War der ärztlich-kosmetische Heileingriff zwar medizinisch indiziert, ist dem Arzt aber bei Durchführung der Operation ein Kunstfehler unterlaufen, so ist der Tatbestand einer fahrlässigen Körperverletzung gem. §§ 223, 230 StGB erfüllt.

Der Kunstfehler ist objektiv, jedoch nicht ohne Blick auf solche Umstände zu bestimmen, unter denen der Arzt handelte; einerseits wird ein Kunstfehler selbstverständlich nicht dadurch ausgeschlossen, daß es mit der "Kunst" des Arztes nicht weit her war und

müssen, daß der Patient trotz aller dieser Umstände bei Aufklärung hierüber seine Zustimmung auf jeden Fall verweigert hätte, könnte ihn ein Fahrlässigkeitsvorwurf treffen"(BGH, a.a.O.).

- 1) Engisch, Heileingriff und ärztliche Aufklärungspflicht, S. 32.
- 2) Grünwald, Arzt und Recht, S. 144.

er sein Bestes (aber gleichwohl Schlechtestes) geleistet hat, zu dem er in der Lage war; andererseits begründet aber nicht jedes Zurückbleiben hinter dem, was die führenden Vertreter ihres Faches leisten können, schon einen Kunstfehler¹.

Der Kunstfehler des Arztes genügt jedoch nicht allein, um das Vorliegen einer fahrlässigen Körperverletzung zu bejahen. In der Durchführung einer nicht sachgerechten Operation liegt seitens des Arztes die Pflichtwidrigkeit, die zur Begründung eines Fahrlässigkeitsdelikts erforderlich ist. Weiter ist notwendig, daß infolge dieses Verstoßes gegen die Regeln der ärztlichen Kunst irgendwelche nachteiligen Auswirkungen auf den Körper eintreten. So ist beispielsweise die Durchführung einer Operation unter Mißachtung der Gebote der Asepsis sicher nicht kunstgerecht, aber ohne nachteiligen Erfolg auch nicht Körperverletzung i.S.d. §§ 223, 230 StGB².

Liegen jedoch Pflichtwidrigkeit und darauf beruhender nachteiliger Erfolg vor, so stehen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit außer Zweifel; die Bestrafung wegen fahrlässiger Körperverletzung hängt dann nur noch davon ab, ob der Behandelnde die ihm individuell mögliche Sorgfalt eingehalten oder außer acht gelassen hat³.

Es stellt sich außerdem die Frage, ob man einen Kunstfehler des Arztes bejahen kann, wenn eine Verschönerung des Aussehens bei kosmetischen Operationen mißlingt. Hat der Arzt nicht nach den anerkannten Regeln der Heilkunst operiert, so steht ein Kunstfehler des Arztes außer Zweifel. Ist die Opera-

1) Blei, Strafrecht II S. 53.

2) Blei, Strafrecht II S. 51.

3) Maurach BT, S. 80.

tion jedoch lege artis durchgeführt, so kann der mißlungene Erfolg als solcher dem Arzt nicht zum Vorwurf gemacht werden. Denn den erstrebten Erfolg kann der Arzt nicht verbürgen.¹

Eine Pflichtwidrigkeit des Arztes kann hierbei nur vorliegen, wenn er die hierüber gebotene Aufklärung vernachlässigt hat². Die Verletzung der Aufklärungslast als solche stellt jedoch keinen Kunstfehler dar. Hierunter versteht man den Verstoß von Ärzten gegen die Regeln der ärztlichen Kunst; die Aufklärung des Patienten wird gerade nicht aus den Regeln der ärztlichen Kunst, sondern aus rechtlichen Gesichtspunkten abgeleitet.³

Hingegen liegt ein Kunstfehler des Arztes vor, wenn er eine kosmetische Operation vornimmt, von der er annehmen muß, daß sie wahrscheinlich zum Tode des Patienten führen kann; keine Rolle spielt hierbei, daß der Patient ausdrücklich auf diese Tatsache hingewiesen wurde und gleichwohl auf Vornahme der Operation bestand. Denn es widerspricht eben den Regeln ärztlicher Kunst, eine nicht dringlich-indizierte Operation vorzunehmen, deren Ausgang in hohem Maße mit dem Tode enden kann.

4) Die nicht medizinisch-indizierte Operation:

Die nicht medizinisch-indizierte Operation stellt, da es nicht darum geht, das körperliche Wohlbefinden zu erhöhen, eine tatbestandsmäßige und vorsätz-

1) Vgl. oben S. 4.

2) Vgl. oben S. 64.

3) Vgl. oben S.19f; für den Fall, daß die Aufklärung echte Rechtspflicht und Teil der Behandlung selbst ist, wird man eine mangelhafte Aufklärung als Kunstfehler ansehen können, vgl. oben S.20ff.den Fall des leberkranken Patienten.

liche Körperverletzung gem. § 223 StGB dar.

- a) Nicht hierunter fällt jedoch die kosmetische Operation, wenn diese medizinisch indiziert ist¹.

Notwendige Voraussetzung jeder Heilbehandlung ist die objektive Heilungstendenz, d.h. sie muß zur Linderung oder Heilung von Krankheiten, Beschwerden, Schmerzen oder psychischer Beschwerden geeignet sein². Der Begriff der Heilungstendenz ist sehr weit zu fassen, so daß selbst kosmetische Operationen darunter fallen³. Die Heilungstendenz ist im Bereich der wiederherstellenden Chirurgie wie bei allen anderen medizinisch-indizierten Operationen primär; geht es lediglich um die Beseitigung von Schönheitsfehlern, so liegt eine sekundäre Heilungstendenz vor⁴.

- b) Soweit es sich tatsächlich um nicht medizinisch-indizierte Eingriffe handelt - z.B. Blutspende, Organspende etc. - bedürfen die Eingriffe, da sie tatbestandsmäßig Körperverletzung darstellen, der Rechtfertigung. Als Rechtfertigungsgrund kommt hier die Einwilligung in Betracht, die gem. § 226a StGB zu beurteilen ist.

1) Vgl. oben S. 62 ff; a.A. BGH NJW 1978, 1206; Eb. Schmidt, Strafrecht des Arztes S. 33, 34; Blei, Strafrecht II, S. 53; Eser in Schönke-Schroeder Rdn 11 zu § 223 StGB; Kohlrausch-Lange StGB § 223 III A; Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 69.

2) Uhlenbruck, Dt. med. Wochenschrift, 1968, 272.

3) Engisch, ZStW 58,2; Uhlenbruch, Dt. med. Wochenschrift 1968, 272; Barnikel, NJW 1963, 2374; Maurach BT S. 80.

4) Vgl. oben S. 63.

Zu Unrecht erfolgte die Verurteilung des Zahnarztes wegen vorsätzlicher Körperverletzung gem. § 223 StGB in dem beschriebenen Zahnextraktionsfall.¹

II) Die Einwilligung des Patienten

Die Einwilligung des Patienten in eine Operation ist jedoch nicht nur auf diese Fälle beschränkt. Denn nach der Rechtsprechung stellt auch die medizinisch-indizierte Operation tatbestandsmäßig eine Körperverletzung dar, die ohne Einwilligung des Patienten rechtswidrig wäre.

1) als Rechtfertigungsgrund für § 223 StGB

Ein ärztlicher Eingriff in die Unversehrtheit des Patienten ist nur insoweit nicht widerrechtlich, als die Einwilligung des Patienten reicht; das bedeutet, daß die Widerrechtlichkeit der ärztlich-kosmetischen Maßnahme nach Meinung der Rechtsprechung nur durch den erklärten Rechtswillen des Patienten entfällt, durch den er dem Arzt die Befugnis zum Eingriff in den Körper einräumt².

1) BGH NJW 1978, 1206, und oben S. 63.

2) BGH Z 29, 176 (179).

a) Die Anforderungen an die Einwilligung ergeben sich aus deren Rechtsnatur; diese ist kein Rechtsgeschäft im Sinne des bürgerlichen Rechts, denn sie betrifft nicht die Begründung, Aufhebung oder Gestaltung von Rechten und Pflichten zwischen den Partnern eines Rechtsverhältnisses¹. So ist die Einwilligung des Minderjährigen rechts- wirksam, wenn er nach seiner geistigen und sitt- lichen Reife die Tragweite des Eingriffs ermes- sen kann². Bei der Einwilligung handelt es sich vielmehr um die Ermächtigung zur Vornahme tat- sächlicher Handlungen, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifen³. Sie ist eine recht- lich erhebliche, nämlich über die strafrechtli- che Bedeutung eines straftatbestandsmäßigen Ver- haltens entscheidende Handlung, die in der Ver- fügung über das höchstpersönliche Rechtsgut der Unantastbarkeit des Leibes besteht⁴.

b) Die Wirksamkeit der Einwilligung setzt voraus, daß der Einwilligende fähig ist, die Tragweite eines den Eingriff gestattenden oder verweignen- den Entschlusses zu ermessen⁵. Hierzu muß der Pa- tient die Einwilligung auf Grund richtiger Ein- sicht in alle Umstände erteilt haben, auf die es für die Motivation eines Entschlusses zur Duldung oder zur Verweigerung eines Eingriffs von der Art des indizierten ankommt⁶. Hierzu dient die

1) Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 54; Engisch, ZStW 58, 37.

2) Laufs NJW 1969, 529 (530); Bockelmann, Aufklärungs- last des Arztes S. 807; BGHZ 29, 26 ff.

3) OLG Düsseldorf NJW 1963, 1679.

4) Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 54.

5) BGHZ 29, 46 (50).

6) Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 57; die richti- ge Einsicht fehlte in dem oben S. 98 geschilderten Zahnextraktionsfall.

Aufklärung des Patienten. Ist eine solche nach dem oben Ermittelten unzureichend, so ist die Einwilligung unwirksam, da der Patient nicht im großen und ganzen weiß, worin er einwilligte.

Die Einwilligung muß sich nicht nur auf die Behandlung im allgemeinen, sondern auf eben den Eingriff erstrecken, der im Zuge der Behandlung vorgenommen werden soll¹. Die Einwilligung in die Verkleinerung der Brust ist nicht die Einwilligung in die Entfernung der ganzen Brust².

- c) Der Patient muß mit dem Eingriff nicht nur einverstanden sein, seine Einwilligung muß vielmehr auch geäußert und dem Arzt bekannt geworden sein; hierzu bedarf es freilich keiner Kundgebung expressis verbis; vielmehr genügt schlüssiges Verhalten des Patienten³. Sie ist genauso wie in den Fällen eines Aufklärungsverzichts gegeben, mit den Worten des Patienten, er vertraue dem Arzt und lasse ihm freie Hand.

2) als tatbestandsausschließend bei § 239, 240 StGB

Ein ohne Einwilligung vorgenommener Eingriff kann außerdem den Tatbestand einer Freiheitsberaubung gem. § 239 StGB und Nötigung gem. § 240 StGB erfassen.⁴ Unmittelbar erfaßt werden folgende Fälle: Der Arzt schnallt gewaltsam einen Patienten fest oder narkotisiert ihn gewaltsam und operiert ihn

1) Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 54.

2) BGH St 11, 111 ff; RGZ 163, 129 ff.

3) Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 54

4) Mit Einwilligung entfallen diese Delikte nach der Lehre vom Einverständnis schon im Tatbestand.

anschließend; ferner: der Arzt nützt eine aus anderen Gründen vorhandene Narkose aus, um eine vom Patienten abgelehnte Operation vorzunehmen, die dem Patienten längere Zeit seiner Bewegungsfreiheit beraubt, als es ohne dies der Fall gewesen wäre; schließlich: der Arzt veranlaßt durch deliktische Drohung den Patienten zur Duldung eines seine Freiheit nicht weiter aufhebenden Eingriffs (Nötigung)¹.

Die Tatbestände unserer Freiheitsdelikte sind also so beschaffen, daß sie nur die Brechung des Willens eines anderen erfassen, nicht aber die Herbeiführung einer Entscheidung, die auf Täuschung, unrichtigem oder unvollständigen Vorstellungen beruht; nur die Behandlung gegen den Willen des Kranken, ein praktisch selten vorkommender Fall, könnte nach dieser Auffassung strafbar sein².

Jede Verletzung der Aufklärungslast und auch jede Vorspiegelung - der Eingriff sei gefahrlos oder erbringe mit Sicherheit Heilung - liegt außerhalb des Bereichs der Freiheitsdelikte³. Dies ist auch der tiefere Grund dafür, daß die Rechtssprechung die Tatbestandsmäßigkeit der ärztlichen Heilbehandlung wie auch der kosmetischen Heilbehandlung bejaht⁴.

1) Engisch ZStW 58,4.

2) Grünwald, ZStW 73,9.

3) Grünwald, a.a.O.

4) Womit sie allerdings gegen den Grundsatz nullum crimen, sine lege verstößt.

III) Reformbestrebungen:

Da die Rechtssprechung nicht bereit ist, den Bedenken der Literatur gegen die Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs als Körperverletzung zu folgen, zielen Reformbestrebungen daraufhin, gesetzlich ausdrücklich zu bestimmen, daß der ärztliche Heileingriff nicht als Körperverletzung strafbar ist¹.

- 1) So sieht ein Referentenentwurf zur Reform des StGB einen in das StGB einzufügenden § 233a StGB vor, wonach "Behandlungen, die nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft angezeigt sind, um Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, nicht als Körperverletzung strafbar" sind.

Sofern eine medizinische Indikation für den ärztlichen Eingriff gegeben ist, entfällt somit der Strafvorwurf der Körperverletzung. Damit wäre ein nahezu jahrhundertealter Streit zwischen der Rechtssprechung einerseits und den Medizinern und der juristischen Literatur andererseits beendet. Indessen ginge ein solcher § 233a StGB nicht weit genug. Er enthält nämlich keine Regelung über die kosmetischen Eingriffe.

- a) Sicherlich wird der große Bereich der wiederherstellenden Chirurgie vom Wortlaut und Sinn des

1) Vgl. zum Entwurf 1962 § 161 des 5. StrafrechtsreformG die umfangreichen Stellungnahmen in Verh. des 44. DJT zu der Frage "Empfiehl es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt" von Bockelmann, Koffka, Lackner, Eb. Schmidt, Schwalm u.a.; vgl. a. Stammbberger, Fragen der Heilbehandlung in straf- und zivilrechtlicher Hinsicht S. 7 ff.

§ 235 aStGB miterfaßt; denn hier ist eine primäre medizinische Indikation gegeben.

- b) Auch die rein kosmetischen ärztlichen Heileingriffe fallen unter den § 233a StGB, da auch bei ihnen eine echte - wenn auch nur sekundäre - medizinische Indikation gegeben ist.¹

Dies wird jedoch von der Rechtsprechung² und vereinzelt in der Literatur³ geleugnet. Aus diesem Grunde erscheint es notwendig, daß der Gesetzgeber eine Klarstellung bringt, daß auch rein kosmetische Operationen medizinisch indiziert sein können, wie es oben dargelegt wurde.

Die Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs als Körperverletzung entfällt selbst dann, wenn die Behandlung scheiterte, d.h. nicht zur Heilung des Patienten führte, sondern einen Gesundheitsschaden oder gar den Tod des Behandelten zur Folge hatte, § 233a^{II} StGB n.F., sofern die Behandlung nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft ausgeführt wurde. Damit wird den obigen⁴ Ausführungen Rechnung getragen.

- 2) Durch die Neufassung entfällt jedoch nicht die Problematik der Aufklärungslast. Vielmehr bestimmt ein neuer § 233b, daß die eigenmächtige Heilbehandlung mit Geldstrafe oder bis zu 3 Jahren Freiheitsentzug zu bestrafen ist. Das gilt selbst dann, wenn der Patient zwar eingewilligt hat, er aber nicht über die Art und Tragweite der Behandlung und, soweit

1) Vgl. S. 62 f.

2) BGH NJW 1978, 1206.

3) Eb. Schmidt, Strafrecht des Arztes S. 33, 34; Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 69.

4) Vgl. oben S. 87.

hierfür nach den Umständen des Falles oder wegen eines besonderen Interesses des Einwilligungsberechtigten ein begründeter Anlaß besteht, über die für und gegen die Behandlung sprechenden Gründe aufgeklärt worden ist, § 233 b II StGB n.F.

Dieselbe Aufklärung, die für die Wirksamkeit der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund einer Körperverletzung erforderlich ist, soll auch für die Eigenmächtigkeit des Eingriffs maßgebend sein¹. Auch ist die Strafdrohung des § 233 b StGB die gleiche wie § 223 a StGB.

Daß eine besondere Strafdrohung gegen die eigenmächtige Heilbehandlung notwendig ist, wird sich nicht bezweifeln lassen². Diese Strafdrohung ist ohne Frage jedoch weit überhöht³. Die Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts ist nicht nur qualitativ etwas anderes als die Körperverletzung, sie unterscheidet sich von dieser auch in der Quantität des Unrechtsgehalts; nicht in allen Fällen wird man überhaupt ein ernsthaftes Strafbedürfnis anerkennen können⁴.

Gleichwohl wäre jedoch die Situation des Arztes nach solchem Recht günstiger. Versäumnisse eines Arztes, die lediglich darin bestehen, daß er sich seiner Aufklärungslast nicht oder nicht vollständig entledigt, begründen nicht mehr den Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung, auf die sich eine Bestrafung wegen fahrlässiger Körperverletzung oder Tötung stützen ließe, selbst wenn der Eingriff mißlingt, sofern der Eingriff nach den Erkenntnissen der me-

1) Geilen, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht S. 19.

2) Bockelmann, Verh. 44 DJT, F. 51.

3) Bockelmann, Aufklärungslast des Arztes S. 813.

4) Grünwald, Arzt und Recht S. 155.

dizinischen Wissenschaft vorgenommen wurde¹.

Während bisher der Arzt strafbar war, wenn er fahrlässig sich seiner Aufklärungslast nicht vollständig entledigt hat, kommt eine Bestrafung des Arztes nach § 233 b II StGB n.F. nur in Betracht, wenn der Arzt vorsätzlich gehandelt hat, § 15 StGB.

- 3) Nach § 233 c StGB entfällt die Strafbarkeit, wenn der Patient beispielsweise wegen Bewußtlosigkeit keine Einwilligung erteilen konnte bzw. nach § 233 d StGB n.F., wenn der Patient wenigstens eingewilligt hat, daß der Arzt eine Behandlung vornimmt, falls die Behandlung erforderlich ist, um die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung von ihm abzuwenden und eine volle Aufklärung zu einer Verschlimmerung seines Zustandes oder zu einer ernsten, nicht nur vorübergehenden seelischen Belastung des Patienten führen würde.

Hier kehrt sich der Gesetzgeber erstmals von dem Grundsatz der Rechtssprechung "voluntas non salus aegroti supreme lex" ab und stellt das Wohl des Kranken stärker in den Vordergrund.

Die Verringerung der Aufklärungslast gilt jedoch nur, soweit "die Umstände keinen Anlaß zu der Annahme geben", daß der Betroffene bei voller Aufklärung die Einwilligung versagen würde, während noch der § 161 des Entwurfs 1962 von Umständen sprach, "die zu der Annahme zwingen"; dies enthält gegenüber den früheren Reformverstrebenungen eine Schlechterstellung².

1) Bockelmann, Aufklärungslast des Arztes S. 814.

2) Ebd., S. 815.

IV) Ausblick:

In gewissen Fällen wird folglich nach neuem Recht eine eigenmächtige Heilbehandlung straffrei sein. Es wird jedoch nie gelingen, die ganze Fülle der Aufklärungsproblematik in Paragraphen zu fassen¹. Denn jede Normierung muß auch bei einer ausgedehnten Kasuistik notwendig vereinfachen und verallgemeinern; je stärker aber eine Rechtsbeziehung zwischen Arzt und Patient auf persönlichem Vertrauen aufgebaut ist, um so weniger läßt sie sich mit objektivierten Durchschnittsnormen sachgemäß erfassen².

Deshalb wäre es besser, wenn der Gesetzgeber - neben bestimmten Fallgruppen - eine Generalklausel aufnehmen würde, wonach die eigenmächtige Heilbehandlung straffrei ist, sofern ein strafwürdiges Interesse nicht gegeben ist.

"Le juge n'est que le bouche qui prononce les mots de la loi". So Montesquieu; unser Leitbild heute ist demgegenüber der Richter, der durch die als zu eng empfundene Ordnung der Gesetze hindurch Recht spricht; der moderne Richter liebt die Generalklausel nur der Freiheit willen, die sie seinem Gerechtigkeitsempfinden und seiner Verantwortungsfreude läßt³.

1) Deneke, Dt. Ärzteblatt 1964, S. 2091 ff.

2) Kleinewefers, VersR 1963, 297 (301).

3) Wiethölter, Arzt und Patient S. 74.

L e b e n s l a u f

Ich, Martin Schuck, wurde am 1. Mai 1951 als Sohn des Universitätsprofessors Dr. med. Josef Schuck, Chef-
arzt, und seiner Ehefrau Erika Schuck, geb. Breiten-
bach, in München geboren.

- | | |
|--------------------------|--|
| 1957 - 1961 | Volksschule an der Schwanthalerstraße
in München |
| 1961 - 1970 | Albert-Einstein Gymnasium in München |
| 1970/71 | Nymphenburger Gymnasium in München |
| 20.6.1971 | Abitur am Nymphenburger Gymnasium |
| WS 1971/72
- SS 1972 | Beginn des juristischen Studiums an
der Ludwigs-Maximilians-Universität
in München |
| WS 1972/73
- SS 1973 | Studium an der deutschen juristischen
Fakultät der Universität Genf/Schweiz |
| WS 1973/74 | Fortsetzung des juristischen Studiums
an der Ludwig-Maximilians-Universität
in München |
| 10.12.1975 | Erste juristische Staatsprüfung an der
Ludwigs-Maximilians-Universität in
München |
| 1.3.1976 -
Sept. 1978 | Rechtsreferendar im OLG-Bezirk München |
| 11.9.1978 | Zweite juristische Staatsprüfung in
München |
| seit 1.1.1979 | Notarassessor in Ebersberg |

